J. vom Mat. Löhe
285a

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

<36616797560014

<36616797560014

Bayer. Staatsbibliothek

# Beyträge

zu der

# Theorie der Culpa

von

Egid von Löhr

Gießen und Darmstadt

bey Georg Friederich Heyer

1808

243. D.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

# Inhalt.

I. Einleitung (1 — 16).

Weiteste Bedeutung von culpa (1. 2.) — Was unter culpa in diesen Beyträgen verstanden wird (2) — Welche Fragen in einer Theorie der Culpa zu beantworten sind (2. 3.). — Wann ist Culpa vorhanden? (3 — 8.). — [Einige Bemerkungen gegen meinen Recensenten in der Jen. A. L. Z. 1807. (6 — 8.)]. — Auf welche Art Culpa im Allgemeinen denkbar ist (9. 10.) — In wiefern die Römer dieses berücksichtigen (10 — 13). — Übersicht der in den drey folgenden Aufsätzen zu erweisenden Sätze (13 — 16).

II. Dolus, culpa lata (17 — 54).

Verhältniß des gewöhnlichen Begriffes von dolus zu dem meinigen (17). — Dieses Wort kömmt vorzüglich in dreyfacher Bedeutung vor (18). — Erste Bedeutung von dolus (18 — 23). — Es ist nothwendig diese Bedeutung zu kennen (23. [44. 77]). — Sie ist wahrscheinlich die ursprüngliche (23 [Th. d. Culpa §. 6. vorzüglich S. 15. Not. 1.]) — Zweyte Bedeutung (23 — 34.). — Einfluß des Umstandes, ob der Schadende wußte, daß er widerrechtlich handle, auf die Imputation (23 — 25.). — Fr. 61. §. 5. D. 47.

(II. Dolus, culpa lata.).

2. (25). — Einige literärische Bemerkungen (27). — Dolus im Gegensatze von culpa begreift auch die culpa lata (27 — 33.) [vergl. jed. S. 49. Not. 1. u. V. 3] — Eigener Gebrauch des Ausdruckes culpa lata (33).

Dritte Bedeutung von dolus (34 — 48). — Was hier unter culpa lata verstanden wird (34). — Wahrscheinlichkeit dieser Meinung (34 — 35). — Erster Beweis derselben [Fr. 7. D. 48. 8.] (35 — 41). — Zweyter Beweis (41 — 47). — Dritter Beweis (47. 48). — Wann dolus in seiner ersten Bedeutung vorhanden sey, kann hier nicht untersucht werden (48. 49.). — Wann wird Wissenschaft angenommen? (49.) — Grund dieselbe zu vermuthen (49 — 52.) — Berichtigung einer in meiner Theorie der Culpa gegebenen Erklärung (49. 50.) — Widerlegung einiger Einwürfe (50 — 52). — Giebt es noch mehrere Vermuthungsgründe? (53. 54.) — Die Frage, wann culpa in faciendo, u. wann culpa in non faciendo vorhanden sey, wird besser in der folgenden Abhandlung beantwortet (54 [77. 78. und 157 — 160.]).

III. Culpa, diligentia, custodia (55 — 162.).

Allgemeine Bedeutung von culpa im Gegensatze mit dolus (56. 57.) — Gegenstand dieser Abhandlung (57. 58.).

# Inhalt.

(III. Culpa, diligentia, custodia.).

I. Beweis, daß die Eintheilung in dolus und culpa die einzige Eintheilung der Culpa nach dem Grade ist (58 — 150).

I. Alle zur Bezeichnung der nicht dolosen widerrechtlichen Beschädigungen gebrauchten Ausdrücke stehen in logischem Gegensatze mit dolus und casus (60 — 117).

*Culpa* (61 — 66) — Welche Stellen hier benutzt werden können (62). — *Culpa levis* (67 — 75). — Ob dieser Ausdruck technisch gebraucht werde? (67). — *C.* 20. *C.* 2. 19. (68 — 70). — Dieser Ausdruck wird der Culpa, wo dieses Wort technisch gebraucht wird, zuweilen entgegengesetzt [*Fr.* 22. §. 3. *D.* 36. 1. *Fr.* 39. §. 6. *D.* 26. 7.] (70 — 75). — *Culpa levissima* (75 — 77). — [*Fr.* 54. §. 2. *D.* 41. 1. (75)] — *Culpa omnis* (77 — 80). — *Fr.* 1. § 1. *D.* 11. 6. (77).

*Diligentia* (81 — 84). — Worauf hier vorzüglich Rücksicht genommen werden soll (81). — *Fr.* 68. *pr. D.* 18. 1. (83). — *Exacta diligentia* (84). — *Exactissima diligentia* (84. 86.) — *Diligentia diligentis patris familias* (86 — 94) — [*Fr.* 25. §. 16. *D.* 10. 2. (87)] — Ist mit diligentia gleichbedeutend (90 — 94). — *Fr.* 13. §. 1. *Fr.* 14. *D.* 13. 7. (90) — *Fr.* 137. §. 2. 3. *D.* 45. 1. (93. 94.) — *Diligentia quam diligentissimus pater familias rebus suis adhibet* (95). —

(III. Culpa, diligentia, custodia.)

*Omnis diligentia* (95. 96). — *Exacta, exactissima diligentia in custodiendo* (96 — 103). — [Custodia ist mit diligentia, in custodiendo gleichbedeutend (99 -- 103)].

*Custodia* (103 — 112.) — Theophilus IV. 1. §. 13. (104). — *Fr.* 2. §. 1. *Fr.* 3. *D.* 18. 6. (110 — 112). — *Diligens custodia* (112. 113) — *Custodia, quam diligentissimus pater familias rebus suis adhibet.* (113). — Einige Resultate der bisherigen Untersuchung (113 — 117).

II. Die allgemeinste Regel über die Prästation der Culpa steht mit der dreytheiligen Eintheilung im Widerspruch (117 — 132).

Beweis dieser Regel (117 — 121). — [vergl. S. 104 — 110.]. — Anwendung derselben auf den Kauf (121 — 128) — *Fr.* 18. §. 7. 8. 9. *Fr.* 38. *pr.* *D.* 39. 2. *Fr.* 36. *D.* 19. 1. (122 — 128). — Auf die Miethe (128 — 132). [*Fr.* 25. §. 7. *D.* 19. 2. (128 — 131). — Würdigung einer fremden Meinung über custodia (130. 131). — *Fr.* 5. §. *fin.* *D.* 13. 6. (131. 132.)] — Auf das Pfand (132).

III. Prüfung der Gründe, welche für die dreytheilige und gegen die zweytheilige Eintheilung angeführt werden (132 — 150).

Die verschiedene Zusätze haben auf die Bedeutung der Worte culpa, diligentia und custodia im Gegensatze von dolus

Herrn Oberappellationsrath

G r o l m a n

in Gießen,

meinem verehrungswürdigen Lehrer

und Freunde,

zum Beweise meiner Liebe und Dankbarkeit

gewidmet

# Vorrede.

Diese Beyträge sind allein zur Erläuterung der in meiner Theorie der Culpa aufgestellten Meinung bestimmt; sie enthalten aber keinesweges eine vollständige Umarbeitung des ersten Abschnittes dieser Abhandlung, wenn gleich der Begriff der Culpa hier vorzüglich entwickelt werden mußte: noch viel weniger alles das, was ich in meiner frühern Abhandlung zugesetzt oder verbessert wünschte.

Daher fehlt auch hier, um nur die vorzüglichsten Beyspiele anzuführen, die Darstellung der Lehre vom Casus, welche allerdings in die Theorie der Culpa gehört; da nur durch die Aufzählung der Fälle, in welchen keine Culpa angenommen wird, die Grenze zwischen Culpa und casus bestimmt werden kann. Daher fehlt die Angabe der vielfachen Verhältnisse, welche bey dem Kaufe auf die Verbindlichkeit zur Prästation der Culpa Einfluß haben.

Daher sind weder die Grundsätze angegeben, nach welchen sich die Verbindlichkeit des Usufructuar richtet, noch ist die irrige Meinung zurückgenommen, daß der Mandatar custodia prästire, obschon sich ihre Unrichtigkeit auch noch aus andern, sehr bedeutenden Gründen, darthun läßt, welche mein Recensent in der Jena'schen

(III. Culpa, diligentia, custodia.)

und qualis in suis rebus diligentia keinen Einfluß (132 — 135) — Es giebt keine Stellen, welche eine dreytheilige Eintheilung enthalten (135 — 147). — *Fr.* 1. §. 1. *D.* 11. 6. (135). — *Fr.* 5. §. 2. 3. *D.* 13. 6. (135 — 140). — *Fr.* 23. *D.* 50. 17. (140 — 145). — *Fr.* 47. §. 5. *D.* 30. (145. 146.) — *C.* 19. *C.* 8. 14. (146. 147.) — Ob der Tutor, der Mann in Rücksicht der dos, der socius und der Miterbe diligentia prästiren? (147 — 150). — *Fr.* 25. §. 18. *D.* 10. 2. (148. 149.). — *Fr.* 52. §. 11. *D.* 17. 2. (149. 150.).

II. Bedeutung der Worte culpa, diligentia, custodia (150 — 162).

Culpa im Gegensatze mit diligentia und custodia (151 — 161.) — Was hier unter Handlung zu verstehen sey? (157 — 160). — *Fr.* 57. *D.* 19. 2. (158 — 160). — Widerlegung einiger Einwürfe (160. 161.) — Bedeutung von custodia im Gegensatze mit diligentia (161. 162).

IV. Muß derjenige, welcher custodia prästirt, unbedingt für jedes furtum einstehen? (163 — 202).

Warum diese Frage zu bejahen? (163 — 175). — Im Allgemeinen (163. 164.) — Nach der Ansicht der Römer (164 — 175). — Erster Grund (164 — 171.). —

(IV. Muß derjenige, welcher custodia prästirt, unbedingt für jedes furtum einstehen?)

Fr. 12. pr. D. 47. 2. (170) — Zweyter Grund (171 — 174). — Berichtigung einer in meiner Theorie der Culpa geäußerten Meinung (173). — Dritter Grund (174. 175).

Meinungen mehrerer angesehenen Juristen (176 — 179). — Des Duaren (176). — Des Cujas (176. 177). — Des P. Faber (177. 178.) — Des ältern Matthäi (178). — Des Giffen (178. 179.)

Erklärung derjenigen Stellen, welche gegen die hier vorgetragene Meinung angeführt werden könnten (179 — 202). — *Fr.* 14. §. 10. *D.* 47. 2. (179. 180). — *Fr.* 14. §. 12. *D. eod.* (181 — 183). — [Berichtigung einer früher geäußerten Meinung (182).] — C. 5. 8. C. 4. 24. (183 — 185). — Beweis, daß der Verkäufer nach der Meinung des Neratius und Paulus unbedingt für jedes furtum haftet (186 — 188). — Abweichende Meinung des Gajus, Ulpian, der Institutionen und des Theophilus (188 — 202.) — *Fr.* 35. §. 4. *D.* 18. 1. (189). — *Fr.* 14. *pr. D.* 47. 2. (190). — §. 3. *I.* 3. 23. und Theophilus zu dieser Stelle (190 — 192.) — Erklärung der hiergegen angeführten Stellen (195 — 202). — *Fr.* 2. §. 1. *D.* 18. 6. (196). — *Fr.* 1. §. 1. *D. eod.* (196). — Fr. 4. §. 1.

(IV. Muß derjenige, welcher custodia prästirt, unbedingt für jedes furtum einstehen?)

2. D. eod. (197.) — *Fr.* 55. *D.* 19. 2. *C.* 4. *C.* 4. 65. (199 — 202).

V. Miscellen (203 — 223).

1. Sind diligentia boni patris familias, und diligentia diligentis patris familias gleichbedeutend? (203 — 205).

Warum diese Frage zu verneinen (203. 204). — Erklärung einiger Stellen über den Usufruct (204. 205).

2. Welche Culpa prästirt der Mann in Rücksicht der dos? (205 — 214).

Beantwortung dieser Frage (205. 206). — Von welchen Dingen diese Antwort zu verstehen sey? (206. 207.). — Genauere Bestimmung in Hinsicht auf Schuldscheine (207 — 212). — Ist die Verbindlichkeit zur Prästation der Culpa bey Paraphernen von der bey der dos verschieden? (212 — 214). —

3. *Fr.* 18. *pr.* *D.* 13. 6. (214 — 219).

In dieser Stelle sind zwey Sätze enthalten, welche unserer Theorie zu widersprechen scheinen (215. 216.). — Die Verbindlichkeit zur Prästation der Culpa bey der dos kann mit der bey dem Pfande sehr wohl verglichen werden (216) — Warum der Commodatar, wenn auch der Commodant Vortheil zieht, eine gerin-

(V. Miscellen.)

gere Culpa prästire, wie gewöhnlich (217 219).

4. Hat die obligatio, in welcher der Beschädigte mit dem Schadenden steht, Einfluß auf die Prästation der Culpa in Hinsicht auf die Lex Aquilia? (219 — 223).

Beantwortung dieser Frage (219 — 221). — Gegen den Agrimensor und Schenker hat die actio Legis Aquiliae gar nicht statt (221 — 223). — Welche Culpa prästirt der Schenker nach dem Vertrage (221. 222)?

Literaturzeitung nicht angegeben hat. Daher ist endlich die Literärgeschichte dieser Lehre, hier ebenfalls übergangen worden, obschon sie in einer vollständigen Erörterung derselben nicht fehlen sollte.

Den abgedruckten Stellen liegt fast durchgehends der Gebauer'sche Text zum Grunde: nur zuweilen sind aus Gebauers Noten Varianten aufgenommen worden, welches ich jedoch fast niemal angezeigt habe.

Meine Theorie der Culpa ist zu meinem Leidwesen bis jetzt, so viel ich weiß, nur in der Jena'schen allgemeinen Literaturzeitung beurtheilt worden. Wenn diese Blätter dazu beytragen den Blick, unpartheyischen sachkundiger Männer auch auf jene Schrift zu leiten, und wenn sie das, was

ich dort zu kurz und undeutlich gesagt habe, hinlänglich erläutern, so haben sie ihre Bestimmung vollkommen erfüllt.

Die in diesen Abhandlungen einigemal angeführte Bruchstücke zur Berichtigung der Lehre von der Tutel werden, wenn nicht unvorherzusehende Hindernisse eintreten, in Kurzem abgedruckt werden.

Wetzlar im Dezember 1807.

# I.

# Einleitung.

Das Wort culpa bezeichnet in seiner weitesten Bedeutung jede Illegalität, und umgekehrt ist jede widerrechtliche Handlung in diesem Sinne culpos (1). Nimmt man dieses Wort so allgemein,

(1) Die Beweise dieses Satzes finden sich in meiner Theorie der Culpa S. 2 -- 8. Mit diesen können noch folgende Stellen verbunden werden: Ulpian VI. §. 10. fr. 9. §. 3. D. 4. 4. fr. 10. D. 13. 6. fr. 3. D. 16. 3. fr. 38. 44. 45. D. 24. 3. fr. 14. §. 6. 10. 12. D. 47. 2. fr. 11. §. 10. D. 48. 5. fr. 226. D. 50. 16. u. a. m. Culpa in diesem Sinne hat demnach dieselbe Bedeutung, welche injuria hat, wenn dies Wort allgemein gebraucht wird. Daher werden auch beyde in einem Falle, wo es nur auf die Existenz der *culpa* ankommt, (bey der Lex Aquilia) ohne allen Unterschied ge=

so begreift die Theorie der Culpa das ganze Criminalrecht, und im Privatrechte die Lehre der widerrechtlichen Verletzungen von Vermögens-Rechten und Ehre.

Es würde theils unmethodisch, theils unzweckmäßig seyn, alle diese Gegenstände verbinden zu wollen. Aus diesem Grunde verstehe ich hier unter Culpa nur die widerrechtlichen Verletzungen von Vermögens-Rechten, und von diesen nur diejenige, wo die Culpa nicht besonders modificirt ist d. i. die widerrechtlichen Beschädigungen.

Eine Abhandlung über diesen Gegenstand hat vorzüglich zwey Fragen zu beantworten: zuerst, wann ist Culpa vorhanden? dann zweytens, welche Folgen verbinden die Gesetze mit ihr? Die Beantwortung der letztern liegt nicht in dem Plane dieser Beyträge, es genügt daher hier die Bemer-

braucht. „Injuria ex eo „dicta est, quod non jure „fiat: omne enim, quod non „jure fit, injuria fieri dici„tur. Hoc generaliter... „Interdum injuriae appella„tione damnum culpa da„tum significatur, ut in Le„ge Aquilia dicere solemus.“ *fr.* 1. *pr. D.* 47. 10. conf. fr. 5. §. 2. *D.* 9. 2. BRISSON *de V. S.* v. *injuria* §. 1.

kung vollkommen, daß es der Ersatz des widerrechtlich verursachten Schadens ist, wozu die Gesetze den Culposen im Allgemeinen verurtheilen. Die erste hingegen soll hier, insofern es die Kürze meiner frühern Schrift über diesen Gegenstand erfordert, erörtert werden.

Ich verstehe unter Culpa widerrechtliche Beschädigungen. Die Frage: wann ist culpa vorhanden? ist demnach mit einer andern: wann werden solche Verletzungen von Vermögens-Rechten als widerrechtlich betrachtet? völlig gleichbedeutend. Um diese vollständig zu beantworten, ist es nöthig, die verschiednen Fälle genau kennen zu lernen, in welchen durch Dritte Schaden entstehen kann. Ihrer sind vier:

1. Der Dritte kann nicht handeln, weil er nicht einmal wollen kann. Hier ist keine Culpa möglich, weil dieselbe immer eine widerrechtliche Handlung voraussetzt, derjenige aber, welcher gar nicht handeln kann, gewiß auch keiner widerrechtlichen Handlung fähig ist. Daher ist die That

eines Wahnsinnigen oder Kindes niemal culpos, sie mag den Grund eines entstandenen Schadens enthalten, oder nicht (1).

2. Derselbe kann zwar handeln, es liegt aber in der Handlung, welche er vorgenommen oder unterlassen hat, der wahre Grund des entstandenen Schadens nicht. Auch hier ist in Rücksicht seiner keine Culpa vorhanden, weil er in Beziehung auf den Schaden gar nicht gehandelt hat. In allen Fällen demnach, wo der Beschädigte selbst (2), oder ein anderer (3), oder Naturbegebenheiten Ursache des Schadens sind, ist derselbe nicht in culpa; sobald er nur diesen Schaden nicht abwenden konnte.

3. Die Handlung oder Unterlassung dieses Dritten enthält die wahre Ursache des ent=

(1) *fr.* 5. §. 2. *D.* 9. 2.

(2) fr. 28. §. 1. D. 9. 2. fr. 203. D. 50. 17. fr. 26. §. 7. D. 17. 1. fr. 61. §. 7. D. 47. 2. u. a. m. S. meine Theorie der Culpa S. 89. Not. 2. am Ende.

(3) fr. 29. §. 2. fr. 30. §. 3. D. 9. 2. §. 8. J. 4. 3.

standenen Schadens; er war aber vollkommen berechtigt die Handlung gerade so vorzunehmen, wie er dies gethan hat, wenn durch positives Handeln, oder sie zu unterlassen, wenn durch Unterlassung geschadet worden ist. In beyden Fällen ist seine Handlung vollkommen rechtlich, also nicht culpos, weil sie sonst zugleich rechtlich und widerrechtlich seyn müßte (1).

4. Seine Handlung ist der Grund des Schadens, und er hatte kein Recht so zu handeln, wie er gehandelt, oder die Handlung zu unterlassen, welche er nicht vorgenommen hat. Nur in diesem Falle ist Culpa vorhanden; und hier ist sie es immer.

Hieraus folgt, daß, um in einem gegebenen Falle die Frage, ob Culpa vorhanden ist, richtig beantworten zu können, man die Person des Scha-

(1) „*Nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere jus non habet*“ *fr.* 151. *D.* 50. 17. Anwendungen dieses Satzes finden sich in meiner Theorie der Culpa S. 90 — 100.

denden und die Verhältnisse berücksichtigen muß, worin er zu dem Beschädigten steht. Das erste, um zu sehen, ob jener überhaupt einer widerrechtlichen Handlung fähig ist: das letzte, um daraus die Größe der Verbindlichkeit zu bestimmen, welche ihm gegen den Beschädigten oblag; indem allein durch eine Vergleichung dieser mit der Handlung auszumitteln ist, ob der dritte, oder der letzte der von mir aufgezählten Fälle eintrete. Es folgt demnach, daß es gar keine allgemeine Antwort auf unsere Frage gebe, sondern daß diese nur in jedem einzelnen Falle beantwortet werden kann.

Soll nun eine solche Vergleichung möglich seyn, so ist es nothwendig, daß man die verschiedenen Grade und Gattungen von Verbindlichkeiten, welche es in dieser Hinsicht giebt, oder, was hier dasselbe ist, daß man die verschiedenen Arten kenne, wie es überhaupt möglich ist, die Vermögens-Rechte eines andern zu verletzen (1), und

(1) Diese Möglichkeiten nennt man nun die verschiedenen Grade und Gattungen der Culpa, und gewiß uneigentlich, da es erst in jedem einzelnen Fal-

daß man wisse, wie unsere Gesetze dieselben bezeichnen.

Es wird demnach zur Beantwortung unserer Frage erfordert:

1. daß man die Bedeutung der Worte dolus, culpa lata, culpa, diligentia und custodia (1) kenne, und

le bestimmt werden kann, ob diese Möglichkeit auch zur Würklichkeit geworden ist. — Dies zur nähern Erläuterung meiner früher (Theorie d. Culpa S. 8.) geäußerten Meinung, welche mir immer noch besser mit der Bedeutung des Wortes *culpa* (id, quod non jure fit) übereinzustimmen scheint, als die meines Recensenten in der Jenaschen Allg. Litt. Zeit. Dieser sagt: „Hier heiße culpa so „viel wie Versehen, Ver„schulden (?) überhaupt, „ohne, daß noch bestimmt „wäre, ob der, welcher es „begieng, dafür haften müs„se, oder nicht" d. i., wie ich es verstehe, ob es widerrechtlich sey, oder nicht.

(1) Mein Recensent in der Jen. A. Litt. Zeit. betrachtet die Unterlassung der custodia nicht als culpa. Hier zur Rechtfertigung meiner Meinung (daß sie einen Theil der culpa ausmache) nur die Bemerkung, daß es eine Unterlassung von Handlungen ist, wozu man verbunden war, daß es also eine widerrechtliche Unterlassung ist, folglich eine culpose. Schwerlich würde auch wohl der Rec. zu dieser gewagten und un-

2. daß man wisse, welche Verbindlichkeit in jedem einzelnen Falle vorhanden sey.

Das letzte ist (einige Fälle ausgenommen) in meiner Theorie der Culpa hinlänglich erörtert: die terminologische Untersuchungen hingegen sollen hier von neuem angestellt werden, theils, weil ich noch so manches nachzutragen habe, was zum Beweise meiner Meinung dient, theils, weil ich gerade hier mit meiner früheren Darstellung am wenigsten zufrieden bin.

Um diese Erörterungen vorzubereiten, will ich zuerst untersuchen, auf wie vielerley Art Culpa

wahrscheinlichen Hypothese seine Zuflucht genommen haben, wenn er ohne sie nur einigermaßen die drey Grade der Culpa hätte retten können. In der Folge werden wir sehen, daß die custodia ein Theil der diligentia ist, und daß die Verbindlichkeit zur Prästation der custodia in Verbindung mit der zur culpa angeführt, und nach denselben Grundsätzen beurtheilt wird: es beweißt sich also auch hieraus die Unrichtigkeit dieser Trennung, welche ohnehin so scharf, und, offenherzig zu reden, so gezwungen ist, daß man auch schon um deßwillen bey bonae fidei negotiis (bey welchen doch vorzüglich die custodia vorkommt) gewiß nicht an dieselbe gedacht hat.

im Allgemeinen denkbar ist: dann werde ich beweisen, daß die Römer beyde Arten der Culpa kannten, und verschieden behandelten, daß es also höchst wahrscheinlich ist, daß sie beyde auf verschiedene Weise bezeichneten: zuletzt sollen die Resultate, deren Beweise in den folgenden Abhandlungen zu führen sind, hier kurz zusammen gestellt werden, um hierdurch die Uebersicht zu erleichtern, und der Untersuchung selbst eine bestimmte Richtung zu geben.

Ohne Rücksicht auf gesetzliche Bestimmungen läßt sich im Allgemeinen eine jede Culpa auf doppelte Art betrachten, einmal in Rücksicht auf ihren Grad, das andremal in Rücksicht auf ihre Gattung: d. i. jede Art der Culpa unterscheidet sich von allen übrigen sowohl durch ihren Grad, wie durch den Umstand, ob sie durch positive Handlungen, oder durch Unterlassungen begangen worden ist. Außer diesen beyden Verschiedenheiten läßt sich keine dritte mehr denken, welche nicht wieder unter sie subsumirt werden könnte. Beyde erschöpfen, wenn ich mich so ausdrücken darf, die Länge und Breite dieses Gegenstandes.

Die Möglichkeit der ersten Verschiedenheit folgt daraus, daß überhaupt verschiedene Grade von Fleiß gedacht werden können; daß es also möglich ist, daß jemand bald zur Aufwendung eines höhern, bald zu der eines niedern Grades desselben verbunden sey, also auch durch Unterlassung desselben fehlen kann. Eben so einleuchtend und nothwendig ist die zweyte, da man ohne alle Frage eben so gut durch Unterlassung von Handlungen, wozu man verbunden ist, eine Illegalität begehen kann, wie durch positives Handeln.

Beyde Verschiedenheiten werden von den Römern berücksichtigt, und verschieden behandelt. Daß die des Grades, bedarf keines Beweises, da man dies so allgemein anerkennt, daß man dem Guten sogar zuviel thut, und mehr Grade annimmt, als existiren. Daß auch die der Gattung soll hier erwiesen werden:

1. Die Handlungen eines Bürgers sind der Willkühr eines andern nicht eher unterworfen, bis etwas eine obligatio zwischen beyden begründet: ein Glied des Staates kann demnach von dem andern, so lange dies der Fall nicht ist,

zwar eine solche Vornahme seiner Handlungen verlangen, daß durch sie keines seiner Rechte verletzt werde; es kann aber keine positiven Handlungen fordern, wodurch sein Vortheil befördert, oder Schaden von ihm abgewendet würde. Eine *culpa* durch Unterlassung setzt demnach eine obligatio voraus; eine durch Handeln nicht: beyde sind folglich völlig von einander verschieden, und zwar so, daß jede Gesetzgebung diese Verschiedenheit berücksichtigen muß.

2. Es finden sich mehrere Stellen (1), in welchen dieser Verschiedenheit bestimmte Erwähnung ge-

(1) „In omnibus *quae* „*fecit* tutor, cum *facere non* „*deberet*, *item* in his quae „*non fecit*, rationem reddet „hoc judicio: *praestando* „(dies als Erläuterung des „Eingangs) *dolum*, *culpam*, „*et quantam in rebus suis di-* „*ligentiam*.“ *fr.* 1. *pr. D.* 27. 3. (*de tutel et rat. distrah.*) „Denique consultus, quo „bonum fuit actionem pol- „liceri Praetorem, cum „competat Legis Aquiliae „actio? respondit: *quia* „*sunt casus*, *quibus cessat* „*Aquiliae actio*, ideo judi- „cem dari, ut ejus arbitra- „tu utatur: nam, *qui agrum* „*non proscindit*, *qui vites* „*non subserit*, *item aquarum* „*ductus corrumpi patitur*, *Le-* „*ge Aquilia non tenetur*.“ *fr.* 13. §. 2. *D.* 7. 1. „Qui

schieht. In mancher Hinsicht die bedeutendste ist die folgende, worin die Frage erörtert wird: ob der promissor nur für Handlungen, oder ob er auch für Unterlassungen einstehe?

*Fr.* 91. *pr. D.* 45. 1.

„Si servum stipulatus fuero, et „nulla mora intercedente servus de- „cesserit; si quidem occidat eum „promissor, expeditum est: sin au- „tem negligat infirmum, an teneri „debeat promissor? Considerandum „est (²), utrum, quemadmodum „in vindicatione hominis, *si negle- „ctus a possessore fuerit, culpae hu-*

„se non immiscuerunt tu- „telae vel curae, *ex perso- „na* (durch die Handlun „gen) eorum qui gesse- „runt, et idonei sunt, *non „onerantur. Si qua vero „sunt, quae dum geri de- „buerint, omissa sunt, la- „tae culpae ratio omnes „aequaliter tenet.*" C. 2. C. 5. 55. „Item prospi- „cere debet conductor, ne „aliquo vel jus rei, vel cor- „pus deterius *faciat*, vel „*fieri patiatur.*" *fr.* 11. §. 2. *D.* 19. 2. fr. 21. D. 18. 4. u. v. a.

(2) Vulg. *Considerdntibus* Flor.

„*jus nomine tenetur possessor*, ita „et cum dari promisit: an *culpa*, „quod ad stipulationem attinet, *in* „*faciendo* accipienda sit, *non in non* „*faciendo?* Quod magis probandum „est: quia, qui dari promisit, *ad* „*dandum, non ad faciendum tene-* „*tur.*“

Die Art, wie die Römer die Verschiedenheit der Culpa dem Grade und der Gattung nach bezeichneten, ist, wie ich glaube, folgende: — Dolus und culpa werden sich häufig entgegengesetzt, so, daß unter jenem alle widerrechtliche Beschädigungen begriffen sind, wo der Culpose die Folgen seiner Handlung gekannt hat; unter dieser alle diejenigen, wo er diese Folgen nicht kannte, also aus Nachlässigkeit, und nicht mit Absicht fehlte. In diesem Sinne begreift dolus die culpa lata unter sich; culpa hingegen die culpa im eigentlichen Sinne, und die omissio der diligentia und custodia.

Dolus in seinem ursprünglichen Sinne bezieht sich gar nicht auf widerrechtliche Handlungen über-

haupt, sondern auf das furtum und den dolus, der die actio de dolo begründet. In dieser Bedeutung heißt es also die Absicht durch den Schaden seines Mitbürgers zu gewinnen. So genommen ist es uns hier weniger bedeutend. Außerdem bezeichnet es alle widerrechtliche, in der Absicht zu schaden vorgenommene, positive Handlungen: culpa lata jede wissentliche Unterlassung von Handlungen, wozu der Culpose verbunden war. — Dieses ist die eigentlich technische Bedeutung von dolus und culpa lata: daher erklärt es sich denn auch, warum bey der Lex Aquilia sehr oft von dolus, nie aber von culpa lata gesprochen wird.

Die Ausdrücke culpa, diligentia und custodia werden dem dolus und der culpa lata auf der einen, dem casus auf der andern Seite auf gleiche Weise entgegengesetzt: sie sind folglich nicht dem Grade, sondern der Gattung nach von einander verschieden: die Eintheilung in dolus und culpa ist demnach die einzige Eintheilung der Culpa dem Grade nach.

Der Ausdruck culpa, sobald er technisch gebraucht wird, bezeichnet jede positive widerrechtliche Schadenszufügung aus Nachlässigkeit: die omissio der diligentia und custodia aber widerrechtliche Unterlassungen. — Die Verbindlichkeit zu der custodia verhält sich zu der zur diligentia wie der Theil zum Ganzen; es ist die diligentia, welche zu Bewahrung von Sachen angewendet werden muß. Diligentia im Gegensatze von custodia beschränkt sich demnach auf die Verbindlichkeit zur Vornahme von Handlungen, welche keine Bewahrung bezwecken. Die Verbindlichkeit zur Prästation der custodia beschränkt sich keineswegs auf die unbedingte Verpflichtung für das furtum einzustehen: allein, da jede heimliche Entwendung durch größere Sorgfalt hätte verhindert werden können, so liegt in dem Umstande, daß eine Sache gestohlen worden, der bestimmteste Beweis einer nachlässigen Bewahrung: es folgt daher, daß derjenige Contrahent, welcher zur custodia verbunden ist, unbedingt für das furtum einstehen muß. Die Richtigkeit dieses Satzes läßt sich auf das strengste erweisen, und hieraus umgekehrt (wie ich dies in meiner Theorie der

Culpa gethan habe) [1] der sicherste Schluß ziehen, daß custodia die Verbindlichkeit, den höchsten Fleiß auf die Bewahrung einer Sache zu verwenden, bezeichne.

(1) S. meine Theorie der Culpa §. 12.

---

## II.

## Dolus, culpa lata.

Unter dolus im eigentlichen Sinne versteht man gewöhnlich den Vorsatz widerrechtlich zu handeln, also hier die Absicht zu schaden. Diese nimmt man an, wenn der Handelnde weis, daß aus der Handlung, zu deren Vornahme er nicht berechtigt ist, Schaden entstehen werde, und sie doch vornimmt. Der von mir in meiner Theorie der Culpa hiervon aufgestellte Begriff weicht von dem gewöhnlichen darin ab, daß ich diesen nur von dolus in seiner weitesten Bedeutung gelten lasse, für dolus im eigentlichen Sinne hingegen eine andere Bedeutung

aufsuche. Ich glaube hier eine weitere Ausführung doppelt nöthig, da die Darstellung dieses Gegenstandes wohl den am wenigst gelungenen Theil meiner frühern Abhandlung ausmacht.

Der Ausdruck dolus kömmt in unserer Gesetzsammlung vorzüglich in dreyfacher Bedeutung vor. Zuerst bezeichnet er die Absicht zu hintergehen, oder aus einer widerrechtlichen Verletzung von Vermögens-Rechten Vortheil zu ziehen.

Wir finden, daß dolus als Bedingung der actio de dolo, und der actio furti betrachtet wird: beyde setzen aber bey dem Culposen (wenn ich hier diesen allgemeinen Ausdruck gebrauchen darf) die Absicht zu gewinnen, (1) oder einem andern Vor-

(1) Die actio de dolo: „Hoc edicto Praetor adversus varios et dolosos, qui „aliis offuerunt calliditate „quadam, subvenit: ne vel „illis malitia sua sit lucrosa, vel istis simplicitas „damnosa." *Fr.* 1. *pr. D.* 4. 3. (*de dolo*). Eine auffallende Anwendung dieses Satzes findet sich in *Fr.* 7. §. *ult. Fr.* 8. *D. eod.* — Das furtum: „*Furtum est* „*contrectatio rei fraudulosa* „*lucri faciendi gratia*, „vel ipsius rei, vel etiam „usus ejus, possessionisve.." *Fr.* 1. §. 3. *D.* 47. 2.

theil zuzuwenden (1), voraus: es ist demnach dolus, welcher diese Absicht bezeichnet.

Daß dolus die actio de dolo bedinge, bedarf wohl keines Beweises: ohnehin zeigt die hier von den Alten aufgestellte Definition des dolus die Richtigkeit meiner Behauptung hinlänglich (2). Dasselbe beweisen für das furtum folgende Stellen:

Paulus *recept. sent.* II. 31. §. 1.

„Fur est, qui dolo malo rem alienam contrectat."

*Fr.* 14. §. 3. *D.* 47. 2.

„...Quod *si dolo fecit*, jam quidem periculum ipsius est: *sed*

(1) „...Species enim lucri est ex alieno largiri..." *Fr.* 54. §. 1. *D.* 47. 2.

(2) „..Ipse (Labeo) sic difiniit: dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est." Fr. 1. §. 2. D. 4. 3. Fr. 7. §. 9. D. 2. 14. Paulus I. 8. §. 1. Cic *de off.* III. 14. *Topic.* c. 9. Noodt *de forma emend. doli mali.* c. 2.

„*non debet ex furto* suo furti quae-
„rere actionem.“ (¹)

*Fr.* 50. §. 4. *D. eod.*

„Cum eo, qui pannum rubrum „ostendit, fugavitque pecus, ut „(so „daß es“: nicht „damit es“ sollte die letzte Bedeutung angenommen werden, so würde die gegenwärtige Untersuchung unmöglich seyn, da dann schon ein furtum vorausgesetzt würde) „in fures „incideret, *si quidem dolo malo* „*fecit, furti actio est:* sed et si non „furti faciendi causa hoc fecit, non „debet impunitus esse lusus tam per„niciosus: idcirco Labeo scribit in „factum dandam actionem.“

In der ersten Stelle stellt Paulus den Begriff eines Diebs (und zwar in dem Anfange einer

(1) „Si rem depositam „vendidisti, eamque postea „redemisti in causam depo„siti, etiamsi sine dolo ma„lo postea perierit, teneri „te depositi, quia semel *do*„*lo fecisti, cum venderes*“ *Fr.* 1. §. 25. *D.* 16. 3.

Darstellung des furtum) so auf, daß das wesentlichste Merkmahl fehlt, wenn wir nicht die von mir angegebene Bedeutung des Wortes dolus unterstellen. Er muß demnach hier, wo doch am ersten Genauigkeit zu erwarten war, entweder ganz falsch definirt haben, oder meine Meinung ist schon durch diese Stelle vollkommen gerechtfertigt. Der letzte Fall ist doch wohl der wahrscheinliche: besonders, da wir dieses Wort in einer andern Verbindung (bey der actio de dolo) ohne Zweifel auf diese Weise gebraucht finden.

In der zweyten Stelle beantwortet Ulpian die Frage, „ob der Depositar die actio furti an„stellen könne?" (1) verneinend; weil er nur in dem Falle, wenn er dolos an der Sache gehandelt habe, für das furtum einstehe; niemand aber sich durch sein *furtum* das Recht die actio furti anzustellen erwerbe. Er betrachtet demnach hier dolus als die Bedingung des furtum. Noch deutlicher erhellt dies aus einer Vergleichung mit dem

(1) Ueber diese Frage s. meine Theorie der Culpa §. 12.

folgenden §. worin er seine Behauptung durch eine Stelle des Julian erläutert. „Julianus quoque „sagt er, lib. 22. Dig. scribit: quia in omnium „*furum* persona constitutum est, *ne ejus rei* „*nomine furti agere possint, cujus ipsi fures* „*sunt*, non habebit furti actionem is, apud „quem res deposita est: *quamvis periculo ejus* „*esse res coeperit, qui eam contrectavit.*"

Der einzige Zweifel, der vielleicht gegen die Beweiskraft dieses Fragments gemacht werden könnte, ist die Frage, ob es dann möglich sey in dem angegebenen Falle auf eine andre Art dolos (dies Wort in seinem gewöhnlichen Sinne genommen) zu handeln, als durch ein furtum? Ich glaube dies allerdings: man denke sich nur den Fall, daß der Depositar die Sache absichtlich vernachlässiget hat, daß sie aber nichts desto weniger nicht zu Grunde gegangen ist. — Ohnehin hebt die dritte Stelle, welche den dolus eben so bestimmt, wie die unserige, auf das furtum bezieht, diesen Zweifel vollständig. Das Schrecken des Viehs kann eben so gut (wenn es überhaupt mehr als Spielwerk seyn soll) in der Absicht zu schaden vorgenommen wer-

den, wie zur Beförderung eines Diebstahls; und doch soll es die actio furti begründen, wenn es dolo geschehen ist. — Dolus in dieser Bedeutung ist uns hier weniger bedeutend: wichtig war es aber allerdings diese Bedeutung zu kennen, weil auch hier häufig Stellen vorkommen, in welchen dieser Ausdruck nicht wohl in einer andern genommen werden kann. Uebrigens ist diese Bedeutung des Wortes dolus wohl die ursprüngliche. Erst in der Folge sind, wahrscheinlich wegen der völlig gleichen Behandlung dieses dolus mit der culpa lata, in dem übrigen Theile des Civilrechts die beyden andern Bedeutungen dieses Wortes entstanden.

Die zweyte Bedeutung von dolus ist die, in welcher man gewöhnlich dieses Wort gebraucht. In diesem Sinne begreift dolus die culpa lata unter sich. — Der Beweis hiervon zerfällt in vier Sätze:

1. Der Umstand, ob jemand weis, daß seine Handlung widerrechtlich ist, hat Einfluß auf die Größe seiner Schuld.

2. Wissentlich, und dolo schaden sind gleichbedeutend.

3. Dolus als allgemeines Wort kann die culpa lata unter sich begreifen.

4. Es muß dies thun, sobald es in dem angegebenen Sinne gebraucht wird.

Die beyden ersten Sätze kann ich hier sehr kurz abfertigen, da ihre Richtigkeit ohnehin allgemein anerkannt ist: ich mache daher nur auf eine Stelle aufmerksam, welche den Beweis beyder enthält. In dem Fr. 61. §. 1 — 5. D. 47. 2. beantwortet Afrikan die Fragen, wann der Pfandschuldner, der Verkäufer eines Sklaven im Falle der Redhibition, der Mandans, welcher Jemanden den Auftrag gegeben einen gewissen Sklaven zu kaufen, und der Deponens für das furtum, welches ihr Sklave an ihren Mitcontrahenten begangen hat, haften müssen? und, wann sie mit der noxae deditio loß kommen können? Für die beyden ersten Fälle stellt er die Regel auf, daß sie nur dann unbedingt gehalten seyen, wenn sie wußten, daß ihr Sklave ein Dieb sey, und doch ihren Mitcontrahenten nicht warnten. In den beyden letzten erklärt er dieselbe immer zum vollen Ersatze des aus diesem furtum entstandenen Schadens verbunden, weil sie allein aus dem

Geschäfte Vortheil ziehen, und niemanden seine Gefälligkeit zum Nachtheile gereichen dürfe. Dieses Wissen nun nennt er dolus: er erkennt demnach den Einfluß dieses Wissens auf die Imputation, und die von mir angegebene Bezeichnung desselben vollkommen an. „Et sicut, sagt er in der Vergleichung der ersten und letzten Geschäfte, in superioribus contractibus, venditione, locatione, pignore, *dolum ejus*, *qui sciens* reticuerit, puniendum esse dictum sit: ita in his *culpam* eorum quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere.“ (1)

Die Richtigkeit des dritten Satzes erhellt aus den Stellen, welche die Behauptung, daß jemand nur für den dolus hafte, durch den Zusatz erläutern, daß die culpa lata dem dolus völlig gleich

(1) Fr. 61. §. 5. D. 47. 2. Ueber diese Stelle s. meine Theorie der Culpa S. 143 — 46. Die Richtigkeit des ersten Satzes beweisen ferner Fr. 18. §. 3. D. 13. 6. Fr. 22. D. eod. Fr 6. §. 9. Fr. 13. §. 1. D. 19. 1. Fr. 31. D. 13. 7. Fr. 19. §. 1. Fr. 45. §. 1. Fr. 60. §. 7. D. 19. 2. Fr. 23. §. 8. Fr. 31. pr. §. 1. Fr. 58. pr. D. 21. 1. Fr. 21. §. 2. D. 25. 2. Fr. 26. §. 7. D. 17. 1.

gesetzt werden müsse ([1]). Der Beweis des letzten zerfällt in zwey Theile:

a. Ist es möglich, daß jemand wissentlich, und doch nur culpa lata schade?

b. Wird dolus im Gegensatze von culpa so gebraucht, daß es auch die culpa lata unter sich begreift?

(1) z. B. „Is quoque, „apud quem rem aliquam „deponimus ... *in eo solo* „*tenetur, si quid dolo perie*„*rit* ... *magnam tamen ne*„*gligentiam placuit in doli* „*crimine cadere.*“ *Fr.* 1. §. 5. *D.* 44. 7. „Haec actio „*dolum malum dumtaxat* „exigit: visum est enim sa„tis abundeque coerceri men„sorem, si *dolus malus so*„*lus* conveniatur ejus homi„nis, qui civiliter obligatus „non est .... *Lata culpa* „*plane dolo comparabitur.*“ *Fr.* 1. §. 1. *D.* 11. 6. „*Non* „*alias* tenebitur iste liber„tus, *quam si dolo* quid „dissipasse proponatur. *Cul*„*pa autem negligentiaque* „*servi post libertatem excu*„*sata est: sed culpa do*„*lo proxima dolum re*„*praesentat.*“ Fr. 1. §. 2. D. 47 4. „..Illud adno„tatur, *quod culpam non* „*praestatis*, qui precario ro„gavit, *sed solum dolum prae*„*stat* ... nec immerito *do*„*lum solum* praestat is, qui „precario rogavit: cum totum „hoc ex liberalitate descen„dat ejus, qui precario con„cessit, et satis sit, si *do*„*lus tantum* praestetur. *Cul*„*pam tamen dolo proximam* „*contineri quis merito dixe*„*rit.*“ Fr. 8. §. 3 D. 43. 26. „..*Videtur dolo versari:* „dissoluta enim negligentia „prope dolum est ...“ *Fr.* 29. *pr. D.* 17. 1.

Beyde Fragen sind zu bejahen. In Rücksicht der ersten kann ich mich auf meine Theorie der Culpa (1) beziehen: die letzte bedarf hier einer genauern Erörterung.

Vorzüglich in zwey Fällen finden wir den Ausdruck dolus im Gegensatze von culpa bestimmt angegeben, und deutlich erklärt: bey dem jusjurandum in litem, und, was uns hier noch besonders wichtig ist, bey den Erörterungen über die Verbindlichkeit zur Prästation der Culpa in Contrakten.

(1) S. 17—20. „*Dolum* accipere debemus *et* „*culpam latam*..“ Fr. 5. §. 15. *D.* 36. 4. Hier nur noch einige literärische Bemerkungen: Schon die Glosse (zu Fr. 61. §. 6. D. 47. 2.) glaubt, daß es möglich sey wissentlich, und doch ohne dolus Ursache eines Schadens zu seyn, ja sie glaubt es in einem Falle, wo kurz vorher (§. 5. eod.) diese Wissenschaft dolus genannt worden war. Eben so wenig findet Doneau (Com. XVI. 7.) Bedenken eine culpa lata anzunehmen, wo wissentlich Schaden zugefügt worden ist. Andere nehmen nach dem Zeugnisse J. Godefroi's (ad L. 23. de R. J.) zwey Arten der culpa lata an; die eine wo durch Nachlässigkeit, die andere, wo wissentlich gefehlt worden ist: diese nennen sie culpa dolo proxima.

Der hier angenommene Sprachgebrauch muß demnach auch über die Richtigkeit meiner Behauptung entscheiden. In beyden Fällen wird unter dolus auch die culpa lata begriffen, und so der culpa entgegengesetzt.

a. Bey dem jusjurandum in litem.

*Fr.* 2. §. 1. *D.* 12. 3. (*Paulus lib.* 13. *ad Sabinum.*)

„Interdum quod intersit agentis, „solum aestimatur: veluti *cum culpa non restituentis*, vel non exhibentis punitur: *cum vero dolus*, „*aut contumacia* non restituentis, „vel non exhibentis, *quantum in* „*litem juraverit actor.*"

*Fr.* 4. §. 4. *D.* *eod.* (*Ulpianus lib.* 36. *ad Edictum*)

„*Ex culpa* autem *non esse jusjurandum deferendum* constat: sed „aestimationem a judice faciendam."

*Fr. 5. §. 3. D. eod. (Marcianus lib. 4. regularum.)*

„Sed in his omnibus *ob dolum solum* in litem juratur, *non etiam ob culpam:* haec enim judex aestimat.“

Also nur wegen dolus, nicht wegen culpa soll in litem geschworen werden können. Nichts desto weniger rescribirt der Kaiser Antonin (1): „*Sin vero neque dolus, neque lata culpa, neque fraus* heredis convincitur, omissa jurisjurandi facultate, judex de veritate cognoscet..“ Unter dolus im Gegensatze von culpa muß demnach auch die culpa lata begriffen seyn.

b. In allen bonae fidei negotiis wird ungezweifelt neben dem dolus auch die culpa lata prästirt (2): demungeachtet wird in allen Stel-

(1) C. 2. C. 5. 53.

(2) Dieser Satz bedarf keines Beweises. S. meine Theorie der Culpa S. 135. 136. Ohnehin führen ihn Doneau (Comment. Lib. 16. cap. 7. p. m. 628.) und P. Faber (ad Tit. de R. J. p. m. 111. seq.) fast zu weitläuftig aus.

len, worin in Rücksicht ihrer, über die Verbindlichkeit zur Prästation der Culpa im Allgemeinen Untersuchungen angestellt werden, nur die Frage aufgeworfen, ob allein für den dolus, oder ob auch für die culpa gehaftet werden müsse? Demungeachtet wird von dem Depositar, und von allen denjenigen, die ihm gleich stehen, behauptet, daß sie nur für den dolus einstehen. Es folgt demnach, daß dieses Wort hier in der von mir angegebenen allgemeinen Bedeutung gebraucht werde; daß also gerade in den Fällen, wo es der culpa entgegengesetzt wird, die culpa lata einen Theil des dolus ausmache. Zum Beweise dieser Sätze hier nur einige der wichtigsten Stellen:

*Fr.* 5. §. 2. *D.* 13. 6.

„...In contractibus interdum *do*-
„*lum solum*, interdum et culpam
„praestamus: *dolum*, *in deposi*-
„*to* (1): nam, quia nulla utilitas

(1) *Fr.* 1. §. 8. *D.* 16. 3. „*dolum duntaxat* praestare „Depositi eum teneri, et „debere puto.“ §. 47.

„ejus versatur, apud quem deponi-
„tur, *merito dolus praestatur so-*
„*lus* ...“

*Fr.* 23. *D.* 50. 17.

„Contractus quidam *dolum ma-*
„*lum dumtaxat* recipiunt, qui-
„dam *et dolum*, *et culpam: dolum*

„Quia autem *dolus dumtaxat* „in hanc actionem venit..“ *Fr.* 20. *D.* *eod.* „*Si sine* „*dolo malo* rem depositam tibi „amiseris, *nec depositi tene-* „*ris*, nec...“ *Fr.* 14. §. 3. *D.* 47. 2. „Is autem, „apud quem res deposita „est.... cum *dolum dumtaxat* „praestet ...“ §. 3. *Inst.* 3. 14. (15.) „Sed is (apud „quem res deponitur) *ex eo* „*solo tenetur, si quid dolo* „*commiserit: culpae autem* „*nomine*, i. e. desidiae ac „negligentiae *non tenetur.*“ §. 17. (19.) *J.* 4. 1. „Is, apud „quem res deposita est... „*tantum in eo obnoxius est*, „*si quid ipse dolo malo fece-* „*rit* ...“ *Fr.* 3. §. 1. *D.* 4. 9. „...In deposito „*dolus dumtaxat* praesta- „tur...“ COLLAT. X. §. 2. fr. 16. D. 13. 1. u. a. m. Daß übrigens bey dem depositum auch die culpa lata prästirt wird, folgt, theils aus der allgemeinen Regel, theils sagen es auch viele Stellen ausdrücklich. Z. B. C. 1. C. 4. 34.... „Detrimentum ad heredem „ejus, qui depositum acce- „pit, *qui dolum solum et* „*latam culpam* (si non aliud „specialiter convenit) prae- „stare debuit, non perti- „net.“ Fr. 1. §. 5. D. 44. 7. §. 3. J. 3. 14.

„*tantum, dopositum et precari-*
„*um:* (1) *dolum et culpam*, manda-
„tum . . .“

*Fr.* 108. §. 12. *D.* 30.

„Cum quid tibi legatum, fideive
„tuae commissum sit, ut mihi re-
„stituas, siquidem nihil praeterea
„ex testamento capias, *dolum*
„*malum dumtaxat* in exigendo
„eo legato, *alioquin etiam culpam*
„te mihi praestare debere, existi-
„mavit: *sicut in contractibus fidei*
„*bonae servatur*, ut siquidem
„utriusque contrahentis commodum
„versetur, *etiam culpa*, sin unius
„solius, *dolus malus tantum*
„*modo* praestetur.“

*Fr.*

(1) Obschon das precarium nicht als ein b. f. negotium betrachtet werden kann; so wird doch auch hier culpa lata prästirt. Fr. 8. §. 3. D. 43. 26. S. v. S. 26. Not. 1.

*Fr.* 17. §. 2. *D.* 19. 5.

„. . . Si cui inspiciendum dedi,
„sive ipsius causa, sive utriusque;
„*et dolum*, *et culpam* mihi prae-
„standam esse dico...periculum non.
„Si vero mei dumtaxat causa datum
„est, *dolum solum quia prope*
„*depositum hoc accedit.*" (1).

Hierdurch ist diese zweyte Bedeutung des Wortes dolus vollständig erwiesen (2). Mit ihr steht ein anderer, wiewohl nicht sehr gewöhnlicher Gebrauch des Ausdrucks culpa lata in der genauesten Verbindung: dieser wird nämlich zuweilen so allge-

(1) „..Si quidem mea „causa dedi, dum volo pretium exquirere, *dolum* „*mihi tantum praestabit*.." Fr. 10. §. 1. D. 13. 6.

(2) Diese Bedeutung widerlegt schon im Voraus alle Einwürfe, welche gegen die erste, und dritte aus einzelnen Stellen gemacht werden könnten; da es sich niemal wird zeigen lassen, daß dolus in derselben nicht in dieser Bedeutung gebraucht worden sey.

mein genommen, daß auch der dolus darunter begriffen ist. (1)

In seiner dritten Bedeutung bezeichnet dolus jede illegale positive Handlung, bey deren Vornahme der Handelnde wußte, daß durch dieselbe Schaden entstehen werde. Im Gegensatze wird culpa lata für jede Unterlassung gebraucht, mit welcher ein solches Bewußtseyn verbunden ist.

Dieser Satz wird schon durch das Vorhergehende wahrscheinlich. Wir haben oben (2) gehört, daß jede Culpa sich sowohl dem Grade, als der Gattung nach von allen übrigen Arten der Culpa unterscheide. Nun finden wir keine Spur, daß dolus, in der zuletzt erwiesenen Bedeutung, noch in verschiedne Grade eingetheilt werde: dagegen ist es nothwendig, daß man sowohl durch Handlungen als durch Unterlassungen wissentlich die Rechte Anderer beeinträchtigen kann, und daß der Umstand, ob gehandelt oder nur unterlassen worden, auf die Beurtheilung des Factum Ein-

(1) Fr. 31. §. 11. 12. D. 21. 1. Fr. 226. D. 50. 17. 16 (2) S. v. S. 9 — 13.

fluß hat. Es ist daher wahrscheinlich, daß diese Verschiedenheit durch verschiedene Ausdrücke bezeichnet, und also auch, daß dolus und culpa lata, wenn sie neben einander als Gegensatz von culpa vorkommen, hierzu gebraucht werden. Für den Beweis dieses Satzes können mehrere Gründe angeführt werden:

Erstens das *Fr.* 7. *D.* 48. 8.

„In Lege Cornelia *dolus pro facto*
„accipitur: *nec in hac Lege culpa*
„*lata pro dolo accipitur. Quare*,
„si quis ab alto se praecipitaverit, et
„super alium venerit, eumque oc-
„ciderit: aut putator ex arbore cum
„ramum dejiceret, non proclamave-
„rit, et praetereuntem occiderit,
„ad hujus Legis coercitionem non
„pertinet."

Diese Stelle ist schon in meiner Theorie der Culpa (1) angeführt und erklärt worden; al-

(1) §. 10. S. 61. fgde.

lein, da gegen diese Erklärung Zweifel aufgeworfen worden sind ([1]), und da es zweifelhaft seyn kann, ob der aus einer Stelle, welche eine criminalistische Frage abhandelt, entwickelte Sprachgebrauch auch hier von Bedeutung sey, so soll beydes jetzt gerechtfertigt werden.

Die Worte: In Lege Cornelia *dolus pro facto* accipitur; *nec* in hac Lege *culpa lata* pro dolo accipitur, können nur den folgenden Sinn haben: Bey der Lex Cornelia werden unter dolus nur widerrechtliche, mit dem Bewußtseyn, daß sie den Mord eines Menschen bewürken, vorgenommene **Handlungen** ([2]) verstanden: nicht aber

(1) In der Jena'schen allgemeinen Litteratur Zeitung v. 1807. Nro. 30.

(2) Daß factum in dem angegebenen Sinne gebraucht werden **könne**, bedarf wohl keines Beweises: daß es so gebraucht **werde**, zeigen folgende Beyspiele: „Si quis *dolo* „*malo fecerit*, ut testes non „veniant, et per hoc deficiatur facultas testamenti „faciendi: denegandae sunt „actiones ei, qui *dolo fecerit*, „sive legitimus heres sit, „sive priori testamento „scriptus. Fratris autem „*factum* fratri non nocet." *Fr.* 2. *pr.* §. 1. *D.* 29. 6. „Et puto omnium eum recipere custodiam, quae in „navem] illatae sunt: et

Nachlässigkeiten, welche dieselbe Würkung hervorgebracht haben, wenn sie auch noch so groß sind. Eine durch culpa lata bewürkte Tödung kann demnach nicht mit der in diesem Gesetze angedroheten Strafe belegt werden.

Dies beweißt der Zusammenhang dieses Satzes, und die Folgen, welche aus demselben gezogen werden: denn, daß in den angeführten Beyspielen allein auf die Unterlassung der gehörigen Vorsicht Rücksicht genommen wird, ergiebt sich dar-

„*factum* non solum nautarum praestare debere, sed „et vectorum." *Fr.* 1. §. 8. *D.* 4. 9. „Et ita de „*facto* vectorum etiam Pomponius .. scribit." *Fr.* 3. *pr. eod.* „Sed si damnum in „eo datum sit ab alio, qui „in eadem nave vel caupona est, cujus *factum* Praetor aestimare solet...." *Fr.* 6. §. 2. *D. eod..* „Possumus autem furti, vel „damni injuriae actione uti „cum nautis, ut certi hominis *factum* arguamus..." *Fr.* 6. §. 4. *eod.* „Debet „exercitor omnium nautarum suorum .. *factum* „praestare: nec immerito „*factum* eorum praestat..." *Fr.* 7. *pr. eod.* „..Quoniam „et *factum* puniunt, et *in* „*dolum* concipiuntur..." *Fr.* 9. §. 1. *D.* 27. 6. „...Si „servorum suorum *factum* „praestaret ..." *Fr.* 1. §. 15. *D.* 43. 16. (*de vi*) *Fr.* 25. §. 1. *D.* 44. 7. *Fr.* 25. §. 4. 5. *D.* 21. 1. u. a. m.

aus, daß dieselben Fälle, wenn mit Absicht gehandelt worden, nicht als culpa lata, sondern als Handlungen, und als dolus behandelt werden müssen.

Hieraus ergiebt es sich, daß der Einwurf, diese Stelle sehr richtig erklärt, wenn man unter dolus Absicht verstehe, allerdings nicht ungegründet ist: allein es ergiebt sich auch, daß sich diese Erklärung auf die meinige gründet, also gar nichts gegen dieselbe beweißt. Gerade durch den Umstand, ob der Gärtner den Ast herabgeworfen, um jemanden zu töden, oder ob er bey dem Wegwerfen nur unvorsichtig gehandelt hat, wird bestimmt, ob dieses als Handlung oder als Unterlassung zu betrachten ist.

Der Beweis, daß der hier entwickelte Sprachgebrauch auch für das Civilrecht gebraucht werden kann, ist wohl in einem sehr hohen Grade geführt, wenn gezeigt wird, daß er dem Criminalrechte so wenig eigen ist, daß man ihn viel eher als aus dem Civilrechte entlehnt betrachten kann. Dieses Letzte soll jetzt erwiesen werden.

Im Criminalrechte wird dem *dolus* gewöhnlich nur der *casus* ([1]) entgegengesetzt; und dieser *casus* zwar nicht mit der gesetzlichen, aber

([1]) „Si *fortuito* incen-„dum factum sit, venia „indiget: *nisi tam lata cul-„pa* fuit, ut luxuria (daß „sie strafbarer Muthwil-„len) aut dolo sit proxi-„ma." Fr. 11. D. 47. 9. (*de incend. ruin. nauf.*) „..Si modo *siens prudensque* „id commiserit: *si vero ca-„su, id est negligentia*..." *Fr.* 9. *D. eod.* „...Ea, „quae improviso *casu* potius, „quam *fraude*, accidunt.." *C.* 1. C. 9. 16. *C.* 2. C. Greg. 19. 3. Collat. L. L. Mos. et Rom. I. §. 9. „..Qui asseverat „homicidium se *non volun-„tate, sed casu fortuito* fe-„cisse.." *C.* 3. Cod. Greg. 19. 3. *C.* 5. *C.* 9. 16. „Distinctionem *casus* „et *voluntatis* in homicidio „servari..." Coll. L. L. Mos. et Rom. *I.* §. 6. „..Qui in rixa *casu magis* „*quam voluntate* homici-„dium admisit." Fr. 1 §. 3. D. 48. 8. „Refert „et in majoribus delictis, „*consulto* aliquid admitta-„tur, an *casu*.." Coll. Leg. Mos. et Rom. I. §. 11. *Fr.* 5. §. 2. *D.* 48. 19. „..Apud graecos volunta-„rio exilio *fortuiti casus* „luebantur.." *Fr.* 16. §. 8. *eod.* „..*Fortuita* incendia, „si, cum vitari possent, *per* „*negligentiam* eorum, apud „quos orta sunt, damno „vicinis fuerunt.." *Fr.* 28. §. 12. *D. eod.* „*De-„linquitur* autem aut propo-„sito, aut impetu, aut *ca-„su*.." *Fr.* 11. §. 2. *D. eod.* dann die Titel der Novelle von Theodos de homicidio *casu vel voluntario* und in der *Collatio* de siccariis et homicidis *casu vel voluntate*.

doch mit einer andern, nach der Größe der Schuld zu bestimmenden, Strafe belegt. (1) Der Ausdruck culpa ist in diesem Gegensatze völlig ungewöhnlich: alle Terminologie der Culpa kann folglich hier nicht anders, als sehr uneigentlich gebraucht werden: sie ist demnach dem Criminalrechte keineswegs eigen, sondern vielmehr aus dem Civilrechte, wo eine vollständig gebildete Terminologie vorhanden ist, entlehnt: und dieses, wie jeder Kenner des römischen Criminalrechtes gestehen muß, sehr selten und uneigentlich.

Hierdurch rechtfertigt es sich denn auch warum in unserer und der in der vorletzten Note zuerst angeführten Stelle culpa lata unbestimmter gebraucht wird, wie im Civilrechte: und dies um so mehr, da bey allen s. g. culposen Verbrechen gar nicht auf bestimmte Grade der Culpa Rücksicht genommen, sondern diese extra ordinem, also vom Magistratus selbst, untersucht, und die Strafe für jeden ein-

(1) Hierüber vergleiche meine Theorie der Culpa S. 64. Not. 1. u. S. 65. Not. 1.

zelnen Fall, nach den Umständen, willkührlich bestimmt wurde.

Der zweyte Beweis unseres Satzes liegt darin, daß dolus häufig allein von widerrechtlichen, mit dem Bewußtseyn des schädlichen Erfolgs vorgenommenen Handlungen, culpa lata von solchen Unterlassungen gebraucht wird. Von Beydem sollen hier einige Beyspiele angeführt werden.

1. Dolus für positives Handeln.

„In hac actione . . . *dolus* et culpa „punitur . .“ (1) „. . Non minus „ex *dolo*, quam ex culpa hac Lege „quisque tenetur . . .“ (2)

„Illud palam est, sicut ex primo ca„pite ita demum quisque tenetur, „si *dolo* aut culpa ejus homo, aut „quadrupes occisus occisave fue„rit: ita ex hoc capite, ex *dolo* aut

(1) *Fr.* 30. §. 3. *D.* 9. 2. (*ad Legem Aquiliam.*)

(2) §. 3. *I.* 4. 3. (*ad Legem Aquiliam.*)

„culpa de cetero damno quoque te-
„neri.“ (1)

Also dolus soll die actio Legis Aquiliae begründen. Diese Klage kann ihrer Natur nach nur wegen widerrechtlichen positiven Handlungen angestellt werden (2): es folgt also, daß hier unter dolus diese allein zu verstehen sind. — Diese Stellen sind uns doppelt wichtig, weil, so viel ich wenigstens weis, bey der Lex Aquilia niemal der Ausdruck culpa lata gebraucht wird.

Andere Stellen, wo dolus in dieser Bedeutung vorkömmt (3), giebt es noch viele: ich übergehe sie aber hier um desto eher, da es sich

(1) §. 14. *I. eod.*

(2) S. v. S. 10. fgde. u. meine Theorie der Culpa §. 15.

(3) Hierher gehören alle die Stellen, wo dolus der culpa et qualis in suis rebus diligentia entgegengesetzt wird, dann mehrere der S. 36. Not. 2. angeführten Fragmente, und viele andere. Daß im Criminalrechte immer unter dolus Handlungen verstanden werden, ist uns weniger bedeutend: obschon vielleicht gerade diesem, dieser Sprachgebrauch seinen Ursprung verdankt.

bey den wenigsten jetzt schon so strenge beweisen läßt, wie in den angeführten, daß es so gebraucht seyn muß.

2. Beyspiele, wo unter culpa lata nur Unterlassungen verstanden werden, sind in den folgenden Stellen enthalten:

a. Die Erben eines Magistratus municipalis sollen nur für die culpa lata, welche er bey Bestellung eines Tutors begangen hat, einstehen.

C. 2. C. 5. 75.

„In heredes magistratus, cujus *non* „*lata culpa* idonee pupillo cautum „non est, non solet actio dari.“

Es ist Pflicht des Magistratus dafür zu sorgen, daß dem Pupillen, welchem er einen Tutor bestellt, gehörige Sicherheit geleistet werde. Läßt er ihn daher gar nicht satisdiren, oder sind die Bürgen nicht so, wie sie hätten seyn sollen, so haftet er für den hieraus entstehenden Schaden unbedingt; seine Erben, wenn er wissentlich seine Pflicht

verabsäumt, d. i., wenn er gar keine Bürgen gefordert, oder sich wissentlich mit schlechten Bürgen befriedigt hat. Die Erben des Magistratus haften demnach allein für Unterlassungen, mit welchen ein solches Bewußtseyn verbunden ist. Für widerrechtliche Handlungen ihres Erblassers können sie nicht haften, weil dieser bey Bestellung eines Tutors überhaupt nicht durch positives Handeln fehlen kann.

b. Wenn der Tutor in der Masse Schuldverschreibungen vorfindet, und diese culpa lata nicht realisirt, so haftet er für den hierdurch entstehenden Schaden.

*C.* 2. *C.* 5. 51.

„Nomina paternorum debitorum, *si* „idonea fuerint initio susceptae tu„telae, et *per latam culpam* tutoris „minus idonea tempore tutelae esse „coeperint? judex qui super ea „re datus fuerit, dispiciet. Et, si „palam *dolo* tutoris vel *manifesta*

„*negligentia cessatum est*, tutelae „judicio damnum quod ex cessa„tione accidisset, pupillo praestan„dum esse, statuere curabit.“

Der Zusammenhang dieser Stelle ist folgender: Der Kaiser Antonin rescribirt auf die Anfrage, für welche Culpa der Tutor in dem angegebenen Falle haften müsse: Der judex muß sehen, ob (1) die Forderungen des Vaters des Pupillen bey Anfall der Tutel noch gut gewesen, und ob sie wäh-

(1) Daß si sehr gut in dieser Bedeutung gebraucht werden könne, beweisen folgende Stellen: „..Quae„ro, *si* bona sua ei eman„cipatus conferre debeat?...“ *Fr.* 3. §. 1. *D.* 37. 6. „Ni„hil interest, *si* successo„res, aut pater, aut domi„nus argentarii, ejusdem „fuerint professionis...“ *Fr.* 9. §. 1. *D.* 2. 13. „..Par„vi refert, *si* sit aliquid „in peculio die legati ce„dente, nec ne..“ *Fr.* 5. §. 2. *D.* 34. 3. „...Quae„rebatur, *si* Dama liber „esset?...“ *Fr.* 11. *D.* 28. 8. „...Antiquitas du„bitabat.. *si* posset is, cui „habitatio legata esset, ean„dem locare?..“ *C.* 13. *C.* 3. 33. „...Antiquae sa„pientiae incidit quaedam „dubitatio, *si* oporteret ta„lem filium... habere de „inofficioso actionem?...“ *C.* 10. *pr.* *C.* 8. 48. *vid.* BRISSON *de* *V.* s. v. *si.* §. 4.

rend derselben durch die lata culpa des Tutors schlechter geworden sind? Findet er, daß böse Absicht (dolus in seiner hier zuerst erwiesenen Bedeutung) oder grobe Nachlässigkeit die Ursache des unterlassenen Eintreibens waren, so muß er den Tutor zum Ersatze des durch seine Schuld entstandenen Schadens anhalten. — Hier ist es doppelt beweisend, daß die culpa lata, d. i. jede wissentliche Unterlassung, noch durch dolus (Betrug) und manifesta negligentia erklärt wird.

c. Der Tutor und Curator, die nicht geirrt haben, haften nicht für die Handlungen ihre Contutoren und Mitcuratoren, wenn diese solvendo sind. In Hinsicht der Unterlassungen stehen sie alle auf gleiche Weise für culpa lata ein.

*C.* 2. *C.* 5. 55.

„Qui se non immiscuerunt tute-
„lae vel curae, ex persona eorum
„qui gesserunt, et idonei sunt, non

„onerantur. Si qua vero sunt, „quae, cum geri debuerint, omis- „sa sunt, *latae culpae* ratio omnes „aequaliter tenet.“

Also auch hier wird culpa lata von widerrechtlichen Unterlassungen, und zwar im Gegensatze von Handlungen gebraucht.

Als **dritter** Grund kann endlich noch angeführt werden, daß culpa lata öfters, wenn dieses Wort im Gegensatze von dolus und culpa vorkommt, als völlig synonim mit qualis in suis rebus diligentia betrachtet werden muß ([1]). Dieser letzte Ausdruck bezieht sich schon der Sprache

(1) Z. B. „... Qui depositum accepit .. *dolum solum et latam culpam* .. praestare debuit..“ C. 1. C. 4. 34. vergl. mit Fr. 1. §. 5. D. 44. 7. fr. 32. D. 16. 3. §. 3. J. 3. 14. (15.) — „Quidquid tutoris *dolo* vel „*lata culpa*, aut levi .. „minores amiserint...“ C. 7. C. 5. 51. „.. Tutor .. „rationem reddet hoc judicio praestando *dolum*, culpam, *et quantam in suis „rebus diligentiam*“ *Fr.* 1. *pr. D.* 27. 3. dann die unter b. u. e. eben angeführten Stellen, nebst mehreren andern.

nach auf eine Verbindlichkeit zur Vornahme von Handlungen, deren Unterlassung culpos ist, und wird auch von den Juristen in dieser Beziehung gebraucht, wie dies sehr viele Stellen beweisen (1), und des sich noch mehr durch den unten zu führenden Beweis, daß unter diligentia die culpa levis in non faciendo verstanden wird (2), bestätige. In dem angegebenen Gegensatze werden folglich dolus und culpa lata beyde in der hier zu erweisenden Bedeutung genommen.

Nachdem wir jetzt die verschiednen Bedeutungen von dolus und culpa lata kennen gelernt haben, ist nun noch zu untersuchen, wann beyde vorhanden sind: d. i. da dolus in seiner ersten Bedeutung

(1) Z. B. „Socius socio „etiam *culpae* nomine tene- „tur, *id est*, *desidiae atque* „*negligentiae*. *Culpa* autem „non ad exactissimam di- „ligentiam dirigenda est: „*sufficit enim talem diligen-* „*tiam communibus rebus ad-* „*hibere*, *qualem suis rebus* „*adhibere solet* ..“ *Fr*. 72. *D*. 17. 2. *Fr*. 32. *D*. 16. 3. Eine Menge Beyspiele in folgenden Abhdg.

(2) S. die folgende Abhandlung II. Bedeutung von culpa, diligentia, custodia.

tung uns gleichgültig ist, wann angenommen werden muß, daß jemand eine Handlung mit Bewußtseyn der daraus entstehenden schädlichen Folgen vorgenommen oder unterlassen hat.

Außer dem Beweise der Wissenschaft giebt es, wie ich glaube, nur noch einen Grund dieselbe zu vermuthen; nämlich, wenn der Culpose in fremden Geschäften nachlässiger gehandelt hat, als er in seinen eignen zu thun gewohnt ist. Die Richtigkeit dieses Grundes ist in meiner Theorie der Culpa vollständig erwiesen (1), und wird sich noch mehr aus den

(1) §. 7. S. 30—39. — Hier noch eine kleine Berichtigung. S. 31. muß statt: „Ob die culpa lata aus diesem Vermuthungs-Grunde, der vorigen gleich „gestellt werden könne, „war Streit:" gelesen werden: „Ob culpa lata, „d. i. die Anwendung eines geringern Fleißes, „als man in seinen Geschäften anzuwenden pflegt „zum dolus gerechnet werden könne war Streit." Uebrigens war dieser Streit wohl weniger bedeutend, als ich angenommen habe. Ich glaube, er bezog sich allein auf die rein theoretische Frage, ob die culpa lata zum dolus oder zur culpa gerechnet werden müsse? darüber, ob dolus und culpa lata gleich zu behandeln seyen, war

in der folgenden Abhandlung vorkommenden Zusammenstellungen ergeben. Es sollen daher hier nur noch einige Einwürfe beseitiget und gezeigt werden, daß es keinen Vermuthungsgrund weiter gebe.

Die Einwürfe sind:

1. Der Minderjährige und filius familias hätten noch keine eigenen Geschäfte geführt; also könnten sie auch in fremden Geschäften keinen geringeren Fleiß anwenden, wie in ihren eigenen.

2. Der Ausdruck debet praestare diligentiam, qualem in suis rebus komme häufig zur Be-

wohl nie Streit. Wenigstens finden wir, daß Gajus, welcher doch offenbar beyde trennt, immer die Behauptung dolus solus praestatur mit dem Zusatze magnam tamen negligentiam placuit in doli crimine cadere, und ähnlichen beschränkt. Auch bey Ulpian und in den Institutionen finden wir solche Zusätze häufig: und daher erklärt es sich auch, warum uns oft gesagt wird culpam praestat, sed culpa non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit enim talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet. Fr. 72. D. 17. 2. §. ult. J. 3. 25. (26.) u. m. a. — Ueber eine Stelle von Gajus und Afrikan, welche aus dieser falschen Voraussetzung erklärt worden ist, (Theorie der Culpa S. 142 — 46) wird unten (V. 3.) noch einiges gesagt werden.

stimmung der culpa levis vor: dieses könne also unmöglich als allgemeiner Vermuthungsgrund für die culpa lata gebraucht werden. ([1])

Der erste Einwurf, selbst wenn wir seine Richtigkeit annehmen wollen, beweißt gar nichts gegen unser System. Aus demselben würde nur folgen, daß in einigen Fällen unser Vermuthungsgrund aus

(1) „Culpa lata wird .. „dahin angegeben, daß, „wer nachlässiger als in „eignen Geschäften handelt, „sich der culpa lata schuldig „mache. Dies ist in den „mehrsten Fällen rich„tig, doch giebt es deren „auch, wo der blos rela„tive Sinn jenes Aus„drucks eine besondere Deu„tung erfordert, wie zum „Beysp. in *Fr.* 17. *pr. D.* „23 3. *Fr.* 1. *pr D.* 27. 3." — „Der Vormund prästirt „in der Regel nur culpa „levis C. 7. C. 5. 51. oder „diligentiam, quam idoneus „pater familias suis rebus „ex b. f. praebet. *Fr.* 10.33. „*D.* 26. 7. Nur in dem „besonderen Falle, wenn er „gewohnt ist in seinen eig„nen Geschäften einen hö„hern Grad der Achtsam„keit als jeder andere gute „Hausvater anzuwenden, „soll er auch diesen leisten, „culpam et quantam in suis „rebus diligentiam. Fr. 1. pr. „D. 27. 3. ... daß übri„gens der Ausdruck dili„gentiam quam in suis re„bus sich hier nicht, wie „in §. 9. J 3. 25. (26.) Fr. „25. §. 16. D. 10. 2. de„clarativ (?) auf die „vorhergehende culpa be„zieht, zeigt vorzüglich die „in dem ähnlich disponi„renden Fr. 17. pr. D. 23. „3. enthaltene Gradation: „Sed etiam." Jen. allg. Lit. Zeit. 1807. N. 28. 30.

besondern Gründen wegfalle; daß also in diesen nur der Beweis der Wissenschaft angenommen werden könne. Uebrigens ist diese Voraussetzung falsch. Weder der Minderjährige, noch der filius familias sind Maschinen, von deren Fleiß sich gar nichts sagen läßt. Beyde haben in ihrem Leben, wenigstens gewöhnlich, schon gehandelt, oder Sachen unter ihren Händen gehabt: der Fleiß, den sie in beyden Fällen angewendet haben, kann also auch sehr gut mit dem, den sie in einem besonderen Falle anwendeten, verglichen werden.

Der zweyte steht mit sich selbst im Widerspruche. Wenn es einmal wahr ist, daß die minor, quam in suis rebus diligentia culpa lata ist, so kann die nämliche minor diligentia keine Modifikation der culpa levis seyn (culpa levis in concreto) die sogar noch geringer ist, wie diese. Ohnehin steht diese Idee mit der dreyfachen Eintheilung der Culpa in Verbindung, deren Unrichtigkeit in der folgenden Abhandlung nochmal erwiesen werden soll. (1)

(1) Einen dritten Entwurf: „Ita deterioris conditionis diligentem futurum, quam indiligentem

Als einen zweyten Vermuthungsgrund giebt man an non intelligere, quod omnes intelligunt. ([2]). Dieses gehört wahrscheinlich gar nicht hierher, da wir in einem Falle, wo gar nicht von widerrechtlichen Handlungen, also auch nicht von Culpa in unserem Sinne die Rede ist, schier denselben Ausdruck wieder finden. ([3]) Uebrigens würde, wenn man diese vage Erklärung hier gelten lassen will, es am natürlichsten seyn, hierunter gerade non adhibere diligentiam, qualem nostris rebus adhibemus, zu verstehen.

Eben so unrichtig ist es bey einer widerrechtlichen Handlung, welche für einen Freund, oder gegen einen Feind begangen worden ist, allein aus

„contra justitiae distributivae praecepta" beantwortet schon Del Rio sehr richtig „Homini diligentissimo non sua in rebus „diligentia, sed potius ex „negligentia in alienis praesumtus dolus nocet."

(2) „*Lata culpa* est nimia negligentia, id est „*non intelligere, quod omnes intelligunt*. *Fr*. 213. §. 2. *D*. 50. 16. „*Latae culpae finis est non intelligere id quod omnes intelligunt*." *Fr*. 223. *pr*. eod.

(3) „Sed *facti ignorantia* „ita demum cuique non „nocet, si non ei *summa* „*negligentia* objiciatur: *quid* „*enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus* „*ignorat*..." *Fr*. 9. §. 2. *D*. 22. 6.

diesem Grunde das Bewußtseyn der schädlichen Folgen anzunehmen, wie ich dies früher geglaubt habe (1). Die dort angeführte Stellen, welche, beyläufig gesagt, nur vom Gewinnen reden, beweisen wenigstens gar nichts. Die C. 1. C. 5. 54. sagt weiter nichts, als daß die Erben des Tutors, welche noch das Vermögen des Pupillen in Händen haben, diesem nur für negligentia lata einstehen, wenn nicht schon gegen ihren Erblasser die actio tutelae angestellt worden ist, oder sie den Pupillen betrogen haben. (2) Eben so wenig beweisen die übrigen Stellen (3), da es in den dort abgehandelten Fällen die minor quam in suis rebus diligentia ist, aus welcher der Culpose Vortheil zieht. Eine zweyte Frage, welche hier noch vorkömmt: wann eine Schadenszufügung als Handlung, und wann sie als Unterlassung zu betrachten sey? wird besser in der folgenden Abhandlung beantwortet.

(1) meine Theorie der Culpa S. 23 — 28.

(2) S. meine Bruchstücke zur Berichtigung der Lehre von der Tutel.

(3) *Fr.* 13. §. 1. *D.* 26. 7. *Fr.* 5. §. 4. *D.* 13. 6. PAULUS *II.* 4. §. 2. *C.* 2. *X. depos.*

# III.

## Culpa, diligentia, custodia.

Bisher ist bewiesen worden, daß unter dolus und culpa lata widerrechtliche Verletzungen verstanden werden, welche der Schadende vorhersah: und zwar, daß dolus mit der Wissenschaft des schädlichen Erfolgs vorgenommene Handlungen, culpa lata aber Unterlassungen bezeichnet, mit welchen dieses Wissen verbunden ist. Es ist demnach jetzt noch die Terminologie der Römer in Rücksicht derjenigen Verletzungen, wo ein solches Vorhersehen nicht eintritt, zu entwickeln.

Diese werden sehr häufig in dem Ausdrucke culpa dem dolus entgegen gesetzt. Diese Bedeu-

tung des Wortes culpa finden wir, eine Menge anderer Fälle zu geschweigen,

1. In den Stellen, nach welchen der Mandatar, der Commodatar und negotiorum gestor nur für dolus und culpa einstehen (1); welche alle drey unstreitig für jede nicht casuelle Verletzung haften. (2)

---

(1) 1.) „Procuratorem „non tantum pro his quae „gessit, sed etiam pro his „quae gerenda suscepit, et „tam propter exactam ex „mandato pecuniam, quam „non exactam, *tam dolum*, „*quam culpam* . . praestare „necesse est." *C.* 11. *C.* 4. 35. — 2.) „. . Qui commo„datum suscepit, *non tan*„*tum dolum*, *sed etiam cul*„*pam* praestat." Fr. 8. §. 3. D. 43. 26. — 3.) „Si „negotia absentis et igno„rantis geras, *et culpam*, *et* „*dolum* praestare debes." *Fr.* 11. *D.* 3. 5.

(2) 1. „. . Aliena . . ne„gotia exacto officio gerun„tur, *nec quidquam in eorum* „*administratione neglectum* „*ac declinatum culpa vacuum* „*est.*" *C.* 21. *C.* 4. 35. „A procuratore *dolum et om*„*nem culpam*, *non etiam im*„*provisum casum* praestan„dum esse, juris auctorita„te manifeste declaratur." *C.* 13. *C. eod.* — 2.) „. . *Custo*„*dia et diligentia* rei com„modatae p[illegible]tanda est." Paulus *II.* 4. §. 3. f. a. Fr. 18. pr. D. 13. 6. und meine Theorie der Culpa S. 160. not. 1. — 3.) „Qui

2. In Fr. 17. §. 2. 4. D. 19. 5. (1), wo aus der Verbindlichkeit für culpa einzustehen gefolgert wird, daß custodia prästirt werden muß; und endlich

3. In Fr. 10. §. 1. D. 13. 6, wo der Ausdruck culpa offenbar gleichbedeutend mit dem früher gebrauchten custodia genommen wird (2).

Der Gegenstand der gegenwärtigen Erörterung ist demnach die verschiedenen Arten von culpa, und die ihnen entsprechende Ausdrücke, aufzusuchen. — Schon oben wurde bemerkt, daß jede widerrechtli-

„negotia aliena gerit *et bo-* „*nam fidem et exactam dili-* „*gentiam* rebus ejus, pro „quo intervenit, praestare „debet.“ PAULUS *I*. 4. §. 1. s. a. meine Theorie der Culpa S. 44. u. 163.

(1) S. u. S. 119, 120

(2) „..Et, si quidem mea „causa dedi, dum volo pre- „tium exquirere, dolum „mihi tantum praestabit: si „sui; *et custodiam*.. Sed et „si, dum refertur, periit, „siquidem ego mandaveram „per quem remitteret, pe- „riculum meum erit: si ve- „ro ipse, cui voluit, commi- „sit, *aeque culpam mihi prae-* „*stabit*, si sui causa acce- „pit.“ *Fr*. 10. §. 1. *D*. 13. 6. S. a. Fr. 14. §. 10. D. 47. 2.

che Handlung sich von allen übrigen auf doppelte Art, dem Grade und der Gattung nach, unterscheide: es ist demnach zu untersuchen, ob die verschiednen Ausdrücke, womit nicht dolose widerrechtliche Beschädigungen bezeichnet werden, eine Verschiedenheit des Grades oder der Gattung anzeigen. Zuerst ist daher zu erweisen, daß culpa in seiner eben angegebenen allgemeineren Bedeutung nicht mehr dem Grade nach eingetheilt wird: sodann zweytens, daß die Worte culpa, diligentia und custodia, welches allein technische Ausdrücke sind, die in dem ersten Aufsatze angegebene Bedeutung haben.

## I. Beweis, daß den verschiedenen Ausdrücken, welche für culpa als Gegensatz von dolus und casus gebraucht werden, keine Eintheilung der Culpa dem Grade nach zu Grunde liegt.

Dieser Beweis, den ich, wie mich die Erfahrung gelehrt hat, der Ausführlichkeit in meiner Theorie der Culpa unerachtet, für sehr viele mei-

ner Leser noch nicht überzeugend genug geführt habe, soll hier, unabhängig von meinen früher angegebenen Gründen, nochmal durch eine dreyfache Zusammenstellung geführt werden. Zuerst werde ich zeigen, daß wir von den meisten der hier vorkommenden Ausdrücke Beyspiele finden, wo sie dem dolus und casus entgegengesetzt werden, und daß diejenigen, bey welchen dieses nicht der Fall ist, leicht auf andre zurückgebracht werden können, wo dieser doppelte Gegensatz wirklich statt findet. Hierauf werde ich beweisen, daß die allgemeinste Regel über die Prästation der Culpa in Contrakten, ja die einzige, welche wir ausdrücklich bey den Alten finden, allein mit einer zweytheiligen Eintheilung der Culpa bestehen kann. Dieser Beweis wird sich schon aus mehreren der Stellen selbst, welche diesen Grundsatz enthalten, ergeben, und durch die Beyspiele, wo nach diesem Grundsatze verfahren wird, noch mehr bestätigt werden. Zuletzt werde ich darthun, daß die Gründe, worauf man eine dreyfache Eintheilung stützt, eben so schwach sind, wie die, mit welchen man die zweytheilige angreift. —

I. Die verschiedene Ausdrücke, womit nicht dolose Rechts-Verletzungen bezeichnet werden, bilden einen logischen Gegensatz von dolus und casus: sie können also nur verschiedene Gattungen, nicht verschiedene Grade der Culpa bezeichnen.

Ehe ich zu dem Beweise dieses Satzes übergehe, ist es nothwendig diese Ausdrücke kennen zu lernen. Es sind vorzüglich folgende: Culpa (1), culpa levis (2), culpa levissima (3), omnis culpa (4), diligentia (5), exacta diligentia (6), exactissima diligentia (7), diligentia, quam diligens pater familias rebus suis adhibet (8), diligentia, quam diligentissimus

(1) Fr. 25. §. 16. D. 10. 2. Fr. 1. pr. D. 27. 3. Fr. 17. D. 23. 3.

(2) C. 20. C. 2. 19. Fr. 54. §. 2. D. 41. 1.

(3) Fr. 44. pr. D. 9. 2.

(4) C. 13. C. 4. 35. Fr. 31. §. 12. D. 21. 1. Fr. 1. §. 1. D. 11. 6.

(5) Fr. 5. §. fin. D. 13. 6. Fr. 68. pr. D. 18. 1. Fr. 2. §. 1. D. 18. 6.

(6) PAULUS *I.* 4. §. 1.

(7) §. 1. J. 3. 27.

(8) Fr. 25. §. 16. D. 10. 2. Fr. 13. §. 1. Fr. 14. D. 13. 7.

pater familias rebus suis adhibet ([1]), omnis diligentia ([2]), exacta diligentia in custodiendo ([3]), exactissima diligentia in custodiendo ([4]), custodia ([5]), diligens custodia ([6]), custodia, quam diligentissimus pater familias rebus suis adhibet ([7]). Alle diese Ausdrücke sind Umschreibungen von culpa, diligentia und custodia, die demnach höchstens Modificationen der diesen Worten entsprechenden Begriffe enthalten: ich gehe sie daher zur Erleichterung der Uebersicht hier sämmtlich nach diesen Rubriken durch.

A. Culpa.

1. *Culpa* ohne Zusatz. — Wir haben gehört, daß mit diesem Ausdrucke sowohl alle,

(1) Fr. 18. pr. D. 13. 6.

(2) Fr. 18. §. 9. Fr. 38. pr. D. 39. 2. C. 24. C. 4. 32.

(3) §. 2. 4. J. 3. 14.

(4) Fr. 1. §. 3. D. 44. 7.

(5) Fr. 5. §. fin. D. 13. 6. Fr. 36. D. 19. 1. Fr. 12. pr. D. 47. 2. C. 28. C. 4. 65.

(6) Fr. 5. §. 5. D. 13. 6.

(7) §. 5. J. 3. 24.

wie auch alle nicht dolose widerrechtliche Handlungen und Unterlassungen bezeichnet werden können. In keiner von beyden Bedeutungen kann derselbe hier, wo von der, von dem dolus, der omissio diligentiae und custodiae verschiedenen culpa die Rede ist, genommen werden, da diese nur einen Theil der widerrechtlichen nicht dolosen Beschädigungen begreift. Aus diesem Grunde sind alle die Stellen, welche die culpa allein dem casus entgegensetzen, hier völlig unbedeutend. Dasselbe gilt von denjenigen, welche zwar von dolus und culpa sprechen, bey welchen aber nicht erwiesen werden kann, daß in dem von ihnen abgehandelten Falle keine diligentia und custodia prästirt wird.

Es können daher hier nur benutzt werden:

a. Stellen, welche von culpa in Hinsicht auf die Lex Aquilia sprechen, da in diesen der Ausdruck diligentia und custodia niemal gebraucht wird. — Der zu beweisende Gegensatz findet sich in der folgende Stelle,

§. 3. *I.* 4. 3. (*ad Legem Aquiliam.*)

„Ne is quidem hac Lege tenetur, „*qui casu occidit: si modo culpa ejus nulla inveniatur. Nam* „*alioquin non minus, quam ex* „*dolo, ex culpa quisque hac Lege tenetur.*

Und in der mit ihr völlig übereinstimmenden Erklärung des Theophilus, welche ich hier nach der Reitz'schen Uebersetzung einrücke:

„Aquiliae haud obnoxius est, qui ex „*casu fortuito* occidit, quando *culpa facto non inest:* quoniam *non* „*minus quam dolum*, Lex eum „ulciscitur, qui *per culpam* occidit."

Diesemnach wird bey der Lex Aquilia dolus und culpa, aber kein casus prästirt. Wenn demnach hier bey Vornahme unserer

Handlungen ein sehr hoher (1), ja der höchste (2) Grad der Aufmerksamkeit gefordert wird, so ist die Unterlassung desselben culpa in dem angegebenen Sinne. Umgekehrt, wenn einzelne Stellen die Prästation des dolus und der culpa verlangen, so muß nach denselben für jeden nicht casuellen Schaden eingestanden werden (3). Die Stellen, welche

(1) Z. B. *Fr.* 7. §. 2. *Fr.* 8. §. 1. *Fr.* 9. §. 4. *Fr.* 10. *Fr.* 27. §. 9. *Fr.* 29. §. 2 — 4. *Fr.* 30. §. 3. *Fr.* 39. *pr. Fr.* 52. *D.* 9. 2.

(2) „*In Lege Aquilia et* „*levissima culpa venit*" *Fr.* 44. *pr. D.* 9. 2. s. meine Theorie der Culpa §. 15. und diese Abhandlung. Nr. 3. *Culpa levissima.*

(3) Besonders beweisend sind hier, wegen ihrer Beziehung auf die im Texte abgedruckten Stellen §. 14. J. 4. 3. „Illud palam est, „*sicut ex primo capite ita* „*demum* quisque tenetur, „si, *dolo, aut culpa* ejus „homo, aut quadrupes oc„cisus, occisave fuerit: *ita* „*ex hoc capite ex dolo aut* „*culpa* de cetero damno „quemque teneri." und Theophilus zu diesem §. „Illud autem inter confes„sa est, *sicut* ex primo ca„pite aliquis Aquilia tunc „tenetur, *cum dolo aut cul*„*pa* alienum servum, vel „pecudem interemerit, *ita* „et ex tertio *dolus aut cul*„*pa* reum facit eum, qui „noeuit. *Itaque in hoc duo* „*capita inter se conveniunt.*"

welche eines von beyden erfordern, sind demnach als neue Beweise unseres Satzes zu trachten.

b. Ferner die Stellen, welche von der Verbindlichkeit zur Prästation der Culpa bey einem Geschäfte reden, wo nur dolus, culpa, et qualis in suis rebus diligentia, also keine diligentia und custodia (1) geleistet wird. Ich kenne vorzüglich eine Stelle, welche hier angeführt werden muß.

*Fr.* 52. §. 2. 3. *D.* 17. 2.

„... Et Celsus libro 7. Digestorum „scripsit, socios inter se *dolum et* „*culpam* praestare oportet .. *Damna, quae imprudentibus accidunt,* „*hoc est, damna fatalia*, socii non „cogentur praestare ...“

(1) *Fr.* 23. *D.* 50. 17. *Fr.* 5. §. 2. *D.* 13. 6. vergl. mit 1) *Fr.* 17. *pr. D.* 23. 3. *Fr.* 24. §. 5. *D.* 24. 3. — 2) *Fr.* 1. *pr. D.* 27. 3. *Fr.* 53. §. 3. *D.* 47. 2. — 3) *Fr.* 72. *D.* 17. 2. *Fr.* 22. §. 3. *D.* 36. 1. *Fr.* 25. §. 16. *D.* 10. 2.

Also der socius prästirt dolus, culpa, aber keinen casus, d. i. er prästirt die culpa bis zum casus. Diese culpa ist nichts destoweniger, von der diligentia, und custodia sehr verschieden, welche der socius nicht prästirt; indem er nur die diligentia auf die gemeinschaftliche Sachen zu verwenden verbunden ist, welche er in seinen Geschäften anzuwenden pflegt, also nur für negligentia lata haftet. (1)

Außerdem giebt es noch einen Fall, wo erweislich dolus und culpa, aber keine diligentia und custodia prästirt wird, dies geschieht bey den negotiis stricti juris, welche auf ein dare gehen (2). Ueber diese kenne ich keine Stelle, welche hier benutzt werden könnte.

(1) .. „Sufficit enim *talem diligentiam* communibus rebus adhibere, *qualem suis rebus adhibere solet*, quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet.“ *Fr.* 72. *D.* 17. 2. (*pro socio.*)

(2) *Fr.* 91. *pr. D.* 45. 1. PAULUS *V.* 7. §. 4. s. meine Theorie der Culpa S. 133. 34.

2. *Culpa levis.* — Dieser Ausdruck wird niemal technisch gebraucht, und ist wohl ganz mit dem deutschen „ein geringes Versehen" gleichbedeutend. Dies beweißt seine Seltenheit, und eine flüchtige Ansicht einiger der wenigen Stellen, worin er vorkömmt ([1]). Er ist übrigens so vag, wie culpa, und wird zuweilen für widerrechtliche nicht dolose Handlungen ([2]) (also, wie sich unten zeigen wird, für culpa in seiner engsten Bedeutung), zuweilen für solche Unterlassungen ([3]) (also für omissio diligentiae und custodiae), zuweilen für beyde ([4]) (also für culpa in seiner allgemeinern Bedeutung als Gegensatz des dolus) gebraucht. Er gehört demnach eigentlich gar nicht unter die Rubrik culpa im Gegensatze von do-

(1) Fr. 39. §. 6. D. 26. 7. Fr. 54. §. 2. D. 41. 1.

(2) Fr. 47. §. 5. D. 30. Fr. 54. §. 2. D. 41. 1.

(3) Fr. 22. §. 3. D. 36. 1. Fr. 39. §. 6. D. 26. 7.

(4) C. 20. C. 2. 19. C. 7. C. 5. 51. Ueber diese letzte Stelle s. den zweyten Aufsatz in meinen Bruchstücken zur Berichtigung der Lehre von der Tutel. Gießen 1808.

lus, diligentia und custodia, so wenig, wie der Ausdruck *omnis culpa* (N$^{ro.}$ 4.) ist also noch viel weniger mit demselben gleichbedeutend, wie doch die Vertheidiger der culpa levissima, freylich ohne allen Beweis, annehmen, und annehmen müssen. Zum Ueberflusse soll jedoch hier noch bewiesen werden, erstens, daß er dem dolus und casus, und zweytens, daß er sogar in einigen Stellen der *culpa*, diesen Ausdruck technisch gebraucht, entgegengesetzt wird.

Der erste Gegensatz findet sich in der

C. 20. C. 2. 19. (*de negotiis gestis.*)

„..Super his.. quae.. ultro quis ad-
„ministravit, cum *non tantum do-*
„*lum et latam culpam, sed et le-*
„*vem* praestare necesse habeat: a te
„conveniri potest...“

Diese Stelle ist schon in meiner Theorie der Culpa (1) in anderer Rücksicht benutzt, und

(1) S. 44. S. a. *Fr.* 32. D. 3. 5. (*de neg. gest.*) „In „qua lite *culpam* aestimari sa- „tis est, *non etiam casum.*“

genügend erklärt; ich glaube daher hier den Beweis, daß der negotiorum gestor für jeden nicht rein casuellen Schaden einstehe, übergehen zu können. Mein Recensent in der Jena'schen Litteraturzeitung glaubt zwar, daß diese Stelle nichts beweise, „weil es sich bey der „negotiorum gestio gar nicht in abstracto „angeben lasse, welcher Grad von Culpa ge„leistet werden müsse, da von dem negotio„rum gestor nach Verschiedenheit der fakti„schen Voraussetzungen bald nur die Vergü„tung des dolus, bald der culpa levis, bald „der levissima, bald sogar des casus gefordert „werde (1);" allein sein Glauben ist offenbar falsch. Denn, wenn gleich nach Verschiedenheit der Umstände, bey der negotiorum gestio bald nur der dolus, bald der casus prästirt wird, so hat dies dieses Geschäft mit allen übrigen gemein; es müßte also überhaupt keine allgemeine Regel über die Prästation der

(1) Fr. 3. §. 9. D. 3. 5. C. 20. C. 2. 19. §. 1. J. 3. 27. (28.) Fr. 11. D. 3. 5.

Culpa möglich seyn: etwas, was wohl niemand zugeben wird. Uebrigens ist der Schluß: Umstände, können eine Ausnahme von der Regel bewürken; also existirt keine Regel, etwas gewagt.

Der zweyte Gegensatz ist in folgenden Stellen enthalten:

a. *Fr.* 22. §. 3. *D.* 36. 1. (*ad SCtum Trebellianum.*)

„.. Si quis rogetur restituere here-
„ditatem, et vel servi decesserint,
„vel aliae res perierint: placet non
„cogi eum reddere, quod non habet:
„culpae plane reddere rationem: sed
„ejus, quae dolo proxima est. Et
„ita *Neratius primo responsorum*
„scribit. Sed et si, *cum distrahere*
„*deberet, non fecit lata culpa, non*
„*levi, et rebus suis consueta negli-*
„*gentia:* hujusmodi rei rationem
„reddet..“

Nach dem Senatusconsultum Trebellianum wird der heres fideicommissarius

als Erbe, also als Miterbe des fiduciarius behandelt (1). Die Verbindlichkeit des letzten zur Prästation der Culpa ist demnach mit der des Miterben völlig dieselbe. Nun prästirt aber dieser dolus, culpa, et qualis in suis rebus diligentia; nicht aber die diligentia diligentis patris familias (2), d. i. er haftet für alle positive Beschädigungen (3), und für die culpa lata in non

(1) Fr. 1. §. 2. D. 36. 1.

(2) „*Non tantum dolum*, *sed et culpam* in re „hereditaria praestare debet coheres . . *non tamen* „*diligentiam* praestare debet, *qualem diligens pater* „*familias*: quoniam hic „propter suam partem causam habuit gerendi . . . *talem igitur diligentiam praestare debet*, *qualem in suis* „*rebus*." *Fr.* 25. §. 16. *D.* 10. 2. „. . . rerum communio *et dolum*, *et culpam* recipit. ." fr. 23. D. 50. 17.

(3) „Sed et *si dolo vel* „*culpa* quid in usumfructum ab uno ex heredibus „*factum* sit, hoc quoque „in judicium venire, *Pomponius* ait. Nam et *omnia*, quae quis in hereditate *dolo aut culpa fecerit*, in judicium familiae herciscundae veniunt: „sic tamen, si quasi heres „*fecerit*. Et ideo, si vivo testatore unus ex heredibus pecuniam sustulerit, in familiae herciscundae judicium ea non venit: quia tunc nondum „heres erat. Ubi autem

faciendo; der heres fiduciarius haftet demnach auch für beyde. Es wird folglich in dem vorliegenden Paragraphen mit der Prästation der culpa levis (welche hier sehr deutlich auf Unterlassungen bezogen wird) die Verbindlichkeit zur Prästation der *Culpa* nicht geläugnet; wie dies außerdem die Fortsetzung unsrer Stelle noch beweißt [1]: es wird also die culpa levis der culpa entgegengesetzt. Dasselbe findet sich

„quasi heres *fecit*, etsi „aliam praeterea quis actionem habeat, tamen teneri „eum familiae herciscundae judicio, *Julianus* scribit. Denique (so zum „Beyspiel), ait, si unus „ex heredibus rationes hereditarias deleverit, vel „interleverit, teneri quidem „Lege Aquilia, quasi corruperit: non minus autem „etiam familiae hereiscundae judicio.“ *Fr.* 16. §. 4. 5. *D.* 10. 2.

(1) „Sed et, si aedes „ustae sunt *culpa* ejus, reddet rationem . . . *Quod* „*si sine facto ejus*, prolixitate temporis aedes usu „adquisitae sint, aequissimum erit, nihil eum „praestare, *cum culpa careat* (d. i. da er sich keiner widerrechtlichen Unterlassung schuldig gemacht hat, indem er nicht, wie in einem anderen Fall gesagt wird, omnem rei curam praestare debet. *Fr.* 1. §. *ult*. *D.* 7. 9.) *Fr.* 22. §. 3. *cit*.

b. in *Fr.* 39. §. 6. *D.* 26. 7.

„Tutor datus adversus ipsam creationem provocavit: heres ejus postea victus, praeteriti temporis periculum praestabit: *quia non videtur levis culpa* contra juris auctoritatem mandatum tutelae officium detrectare.“

Der Tutor muß, sobald er erfährt, daß ihm die Tutel deferirt ist, die Gründe, warum er sich zur Uebernahme derselben nicht verbunden glaubt, angeben; werden dieselbe verworfen, so kann er appelliren. Während der Zeit, daß man jetzt die Sache untersucht, steht es ihm frey die Geschäfte des Pupillen zu besorgen: thut er dies nicht, und es entsteht Schaden aus dieser Unterlassung, so geht ihn dieser nichts an, wenn seine Entschuldigung angenommen wird: wird sie verworfen, so wird er vom Augenblicke der angefallenen Tutel als Tutor betrachtet; er haftet demnach wie jeder Tutor,

also für dolus, culpa, et qualis in suis rebus diligentia (1): er haftet folglich für **allen** Schaden, indem eine widerrechtliche Unterlassung, von welcher er wissen mußte, daß sie widerrechtlich sey, (weil ignorantia juris nicht entschuldigt), den Grund des Schadens enthält. Dieser Satz wird in der abgedruckten Stelle durch die Worte: quia non videtur *levis culpa* contra juris auctoritatem mandatum tutelae officium detrectare, ausgedrückt. Dieser non levis culpa, wofür der Tutor haftet, steht die levis, wofür er nicht haftet, entgegen: der Tutor haftet demnach nach der allgemeinen Regel für culpa; nach unserer Stelle aber nicht für levis culpa: beyde sind demnach

(1) „In omnibus quae „fecit tutor, cum facere „non deberet, item in his „quae non fecit, rationem „reddet hoc judicio: prae„stando *dolum*, *culpam*, *et* „*quantam in rebus suis di*„*ligentiam*." *Fr.* 1. *pr.* *D.* 27. 3. (*de tutel. et rat. distr.*) Mehreres hierüber s. in dem zweyten Aufsatze **meiner** Bruchstücke zur Berichtigung der Lehre von der Tutel.

auf keinen Fall unbedingt als Eins zu betrachten.

3. *Culpa levissima* findet sich nur einmal in unserem corpus juris und ohne allen Gegensatz (1): allein da dieser Ausdruck bey der Lex Aquilia, wo dolus und culpa, aber keine diligentia prästirt wird, vorkömmt, so ist er nothwendig mit diesem letzten Worte nicht gleichbedeutend, sondern wird unter culpa begriffen, und so dem dolus entgegengesetzt.

Gegen dieses letztere wird ein sehr sonderbarer Einwurf gemacht, indem man aus einer Stelle, welche zum wenigsten nichts gegen mich beweißt, eine culpa levis zwischen den dolus einschieben will. Modestin bestimmt in Fr. 54. D. 41. 1. das Verhältniß des bona fide serviens, und seines vermeintlichen Herrn, bey dieser Gelegenheit sagt er:

„Sed damnum dando, damni injuriae te-„nebitur: ut tamen culpam in damno

(1) S. o. S. 64. Not. 2.

„dando exigere debeamus *graviorem*, „*nec tamen* (oder *tam*) *levem*, quam ab „extraneo." (1)

Nimmt man die Leseart „tam" als richtig an, so sagt die Stelle: Der bona fide serviens kann, wenn er durch positive Handlungen Schaden zugefügt hat, deßwegen belangt werden, doch muß sein Versehen bedeutend seyn: ein so geringes, als wie das, weßwegen der extraneus belangt werden könnte, ist nicht hinreichend. Zieht man dagegen tamen vor, so würde das Ende der Stelle so erklärt werden müssen: Jedoch nur dann, wenn sein Versehen bedeutend ist: culpa levis aber (2) muß er nicht, wie der extraneus, prästiren. Nach

(1) Fr. 54. §. 2. D. 41. 1.

(2) In dieser Bedeutung kommt *tamen* öfter vor. Z. B. „Licet *tamen* „Praetor, si cum eo, qui „in potestate sit, gestum „sit, pollieeatur actionem; „tamen..." Fr. 3. pr. D. 15. 1. „Nec *tamen* semper exspectandum est..." Fr. 38. §. 1. D. 17. 1. „Tunc *tamen* Perennis „cuncta sibi vindicavit." LAMPRID. *in Commod. cap.* 5.

dieser letzten Erklärung würde also diese Stelle, nicht allein nicht gegen, sondern sehr viel für mich beweisen: da die einzige Stelle, worin culpa levissima vorkommt, gerade den extraneus für dieselbe in dem nemlichen Falle einstehen läßt.

4. *Culpa omnis.* Es bedarf wohl keines Beweises, daß hierunter auch die culpa levissima, wenn es eine giebt, begriffen ist. Diese culpa omnis wird in drey Stellen dem dolus, in zwey dem casus entgegengesetzt.

a. *Fr.* 1. §. 1 *D.* 11. 6.

„Haec actio *dolum malum* dumtaxat „exigit . . . *Lata culpa plane dolo* „*comparabitur.* Sed et si mercedem accepit, *non omnem culpam* „eum praestare, propter verba edicti: utique enim scit Praetor, et „mercede eos intervenire."

Der Agrimensor kann als solcher nie durch positives Handeln schaden, indem dieses im-

mer eine *würkliche* Verletzung voraussetzt, welche durch die Angabe eines falschen Maßes *nie* entsteht. Nun bestand zwischen dem agrimensor, und demjenigen, dessen Güter er maß, nach Römischen Begriffen kein gültiges Geschäft, sondern es war nur eine Gefälligkeit, welche jener diesem erzeigte, wenn er eine solche Messung übernahm: gab er also ein falsches Maß an, so hatte gar keine Klage gegen ihn auf den Ersatz des verursachten Schadens statt; er mogte für seine Mühe ein Honorar bekommen haben, oder nicht. Um den aus diesem Grunde sehr leicht möglichen Betrügereyen vorzubeugen, gab der Prätor eine Klage, wenn er sich eines dolus schuldig gemacht hatte. Hierdurch wurde die Natur des Geschäftes selbst nicht geändert: der Fall, wo ein Honorar gegeben wurde, blieb daher mit dem, wo der agrimensor unentgeldlich die Messung übernahm, völlig gleich: der Gegensatz in unserer Stelle ist daher vollkommen bewei-

fend ([1]). Ich bemerke dies, weil mein Recensent in der Jena'schen Litteratur-Zeitung diese Stelle auf eine sehr verschiedene Weise erklärt. Daß übrigens hier dolus Betrug, culpa lata wissentlich falsche Angabe bedeute, bedarf wohl keiner Erinnerung. Es zeigt sich demnach auch hier, daß es keineswegs überflüssig war, wenn ich oben alle Bedeutungen von dolus aufgezählt habe.

b. *Fr.* 31. §. 11. 12. *D.* 21. 1.

„Si mancipium, quod redhiberi „oportet, mortuum erit, hoc quae„retur, numquid *culpa* emtoris, vel „familiae ejus, vel procuratoris „homo demortuus sit. Nam si *culpa* „ejus decessit, pro vivo habendus „est: ut praestentur ea omnia, quae „praestarentur, si viveret. *Cul„pam omnem* accipiemus, *non* „*utique latam: propter quod*

(1) S. meine Theorie der Culpa S. 194. fgde.

„*dicendum est*, *quamcumque*
„occasionem morti emtor praestitit,
„debere eum teneri: etiam, si non
„adhibuit medicum, ut sanari pos-
„sit, vel malum adhibuit, sed cul-
„pa sua.“

*C.* 13. *C.* 4. 35.

„A procuratore *dolum et omnem*
„*culpam*, *non etiam improvisum*
„*casum* praestandum esse, juris
„auctoritate manifeste declaratur.“

Also wird auch hier omnis culpa dem dolus entgegengesetzt, und zwar so, daß in der ersten Stelle aus der Verbindlichkeit zu omnis culpa gefolgert wird, man reiche also mit der Vermeidung der culpa lata nicht aus. Eben so wird in beyden diese omnis culpa dem casus entgegengesetzt. In der letzten ausdrücklich, in der ersten aber durch eine Umschreibung, die gewiß nicht weniger sagt.

B. Diligentia.

1. *Diligentia* ohne Zusatz. — Niemand zweifelt, daß derjenige, welcher diese diligentia prästirt, zu der Anwendung des höchsten Fleißes verbunden sey. Ich werde daher auf den Gegensatz mit casus gar keine Rücksicht nehmen. Desto wichtiger ist es zu erweisen, daß diese diligentia einen logischen Gegensatz von dolus, oder qualis in suis rebus diligentia ausmache. Dieser Beweis findet sich in den folgenden Stellen:

*Fr.* 6. *D.* 50. 8.

„Magistratus reipublicae *non do-* „*lum solummodo, sed et latam* „*negligentiam, et hoc amplius,* „*etiam diligentiam debent.*“

*Fr.* 3. §. 5. *D.* 49. 14.

„Divi Fratres rescripserunt, in ven- „ditionibus fiscalibus *fidem et dili-* „*gentiam* a procuratore (scil. Cae- „saris) exigendam...“

Die bona fides ist ein Correlat von dolus (1), der in dieser Stelle enthaltene Gegensatz ist demnach mit dem von mir zu erweisenden völlig gleichbedeutend. Die Richtigkeit dieses Schlusses, die ohnehin wohl keinem gegründeten Zweifel unterworfen ist, rechtfertigt sich noch mehr durch ein anderes Fragment, welches diesen Ausdruck ganz auf die angegebene Weise erklärt. Diese Stelle muß hier in

(1) „.. *Fides bona contraria est fraudi et dolo.*" *Fr.* 3. §. 3. *D.* 17. 2. „.. *Sciens contrarium esse dolum bonae fidei...*" *C.* 5. C. 4. 44. „.. Quidam decedens filiis suis dederat tutores, et adjecerat, eos anecloglstos esse volo: et ait *Julianus*, tutores, *nisi bonam fidem in administratione praestiterint*, *damnari debere; quamvis testamento comprehensum sit, ut aneclogisti essent..*" Fr. 5. §. 7. D. 26. 7. verglichen mit *Fr.* 41. *eod.* „Qui plures tutores habuit, unum, qui solvendo non fuit, rationem actus sui vetuit reddere. Quoniam ejus liberatio, quod ex tutela percepit, aut *dolo* contraxit, non est relicta...." „.. Pactum *mala fide* factum irritum est..." *C.* 9. *C.* 2. 3. „Si pater tuus per vim coactus domum vendidit, ratum non habebitur, quod *non bona fide* gestum est: *malae fidei* enim emtio irrita est..." C. 1. C. 4. 44. u. a. m.

doppelter Rücksicht angeführt werden, da sie noch den Beweis meines Satzes enthält.

*Fr.* 68. *pr. D.* 18. 1.

„Si, cum fundum venderes, in lege „dixisses, quod mercedis nomine a „conductore exegisses, id emtori ac„cessurum esse: existimo te in exi„gendo *non solum bonam fidem*, „*sed etiam diligentiam* praestare „debere*: id est, non solum, ut a te* „*dolus malus absit, sed etiam, ut* „*culpa.*"

Proculus fordert also vom Verkäufer bona fides und diligentia, und erklärt dies dahin, daß derselbe dolus und culpa prästiren müsse: er betrachtet demnach dolus und bona fides, culpa und diligentia als Correlate. Das Erste beweißt sehr strenge für den von mir so eben gezogenen Schluß: das Letzte erklärt sich durch die Bemerkung, daß culpa als allgemeines Wort auch die omissio der diligentia und custodia unter sich begreift; daß es demnach

in einem Falle, wo, wie sich unten noch bestimmter ergeben wird, weder culpa noch omissio custodiae denkbar ist, zur Erklärung des Wortes diligentia sehr gut angewendet werden kann.

2. *Exacta diligentia.* Diese wird von dem negotiorum gestor prästirt: sie bezeichnet demnach die Verbindlichkeit zur Aufwendung des höchsten Fleißes. Dem dolus wird sie in der folgenden Stelle entgegengesetzt:

Paulus *recept. sent.* I. 4. §. 1.

„Qui negotia aliena gerit, *et bo-*
„*nam fidem, et exactam diligen-*
„*tiam* rebus ejus, pro quo interve-
„nit, praestare debet."

3. *Exactissima diligentia.* Dieser Ausdruck ist mit diligentia, und exacta diligentia völlig gleichbedeutend. In einem doppelten Gegensatze finden wir ihn in

§. 1. *I.* 3. 27. (28.)

„..Sicut autem is, qui utiliter ges-
„serit negotia, habet obligatum do-

„minum negotiorum: ita et con-
„tra iste quoque tenetur, ut ad-
„ministrationis rationem reddat.
„*Quo casu ad exatissimam* quisque
„*diligentiam* compellitur reddere
„rationem: *nec sufficit talem*
„*diligentiam adhibere, qua-*
„*lem suis rebus adhibere so-*
„*leret, si modo alius diligentior*
„*commodius administraturus esset*
„*negotia.*“

Der Zusammenhang dieser Stelle ist folgender: der negotiorum gestor ist verbunden die volleste Aufmerksamkeit auf die Führung der fremden Geschäfte zu verwenden: es genügt also nicht, daß er die culpa lata vermeidet, wenn nicht schon hierdurch alle casuelle Verletzungen ausgeschlossen werden. Das Letztere kann nur dann der Fall seyn, wenn er auch seine Geschäfte so sorgfältig führt, als dies überhaupt nur möglich ist: weil nur in diesem Falle die Aufwendung des Fleißes, den er in den seinigen anzuwenden pflegt, alle Cul-

pa ausschließt, welche er zu vermeiden verbunden ist.

Diese Erklärung, welche schon, wie ich glaube, durch die Fassung des Paragraphen hinlänglich gerechtfertigt ist, wird noch durch die Erläuterung des Theophilus (1) bestätiget, auf welche ich hier auch um deßwillen aufmerksam mache, weil sie als ein neuer Beweis meiner Behauptung betrachtet werden kann.

4. *Diligentia diligentis patris familias.* Ich kenne vorzüglich fünf Fragmente, in welchen dieser Ausdruck in Beziehung auf culpa vorkömmt. In zwey Stellen wird

(1) „. . . Tenetur, ut administrationis rationes reddat, cum cogatur *exactissimam et superabundantem diligentiam* alienis rebus adhibere. *Neque enim illi sufficit*, ne negotiorum gestorum actione teneatur, *talem ostendisse in alieno patrimonio diligentiam, qualem in suis rebus adhibere solet, dummodo alius diligentior illas res utilius administraturus fuisset: tunc enim non ad ipsius administratoris, sed ad alterius diligentiam administrationis causa dijudicanda est.*" THEOPHILUS III. 27. §. 1.

er sehr bestimmt der qualis in suis rebus diligentia entgegengesetzt: in den drey übrigen aber wird mit demselben der höchste Fleiß bezeichnet. Es gilt also von dieser diligentia alles dasjenige, was von der diligentia ohne Zusatz gilt: beyde sind folglich völlig gleichbedeutend.

a. Diligentia diligentis patris familias wird dem dolus entgegengesetzt.

*Fr.* 25. §. 16. *D.* 10. 2.

„Non tantum dolum, sed et culpam „in re hereditaria praestare debet „coheres..., *Non tamen diligentiam „praestare debet, qualem diligens „pater familias, ...talem igitur „diligentiam praestare debet, qua„lem in suis rebus...*"

Diese Stelle ist schon oben ([1]) hinlänglich erläutert worden: ich mache daher hier nur nochmal darauf aufmerksam, daß der

([1]) S. o. S. 70 — 72.

Erbe deßwegen nur zu der Aufwendung des Fleißes, welchen er in seinen Geschäften anzuwenden pflegt, verbindlich erklärt wird; weil er nicht zur diligentia eines diligens pater familias verbunden sey. — Wie jemand aus dieser Stelle folgern kann, daß der Miterbe, wenn er nicht sui juris, und nicht großjährig ist, allerdings die diligentia diligentis patris familias anwenden müsse, ist mir eben so unbegreiflich, wie die Verschiedenheit, welche in Rücksicht auf culpa durch den Umstand, ob jemand noch in der väterlichen Gewalt, oder minor ist, begründet werden soll (S.50. n.1.) Kann dieser Umstand wohl die Gründe der Zurechnung verändern? Kann er sie zum Nachtheile der Minderjährigen und des filius familias verändern? Und doch würde dies der Fall seyn, wenn beyde immer für culpa levis in non faciendo, nicht für die levissima haften müßten; wo der Großjährige nur dann für dieselbe haftet, wenn er gewöhnlich eben so fleißig, oder fleißiger ist.

Derselbe Gegensatz ist in einer Stelle von **Paulus** enthalten ([1]), worin er die Meinung des **Labeo**, daß sich die Verbindlichkeit des Verkäufers zum Ersatze darnach bestimme, ob derselbe die Sache vor und nach Abschluß des Handels verschieden behandelt habe, vorträgt und berichtigt. Er hält diese Meinung für falsch, und glaubt es komme

(1) „Si servus, quem „vendideras, jussu tuo ali„quid fecit, et ex eo crus „fregit: ita demum ea res „tuo periculo non est, si „id imperasti, quod sole„bat ante venditionem face„re, et si id imperasti, „quod etiam non vendito „servo imperaturus eras. „*Paulus*: Minime: *nam, si* „*periculosam rem ante ven*„*ditionem facere solitus est*, „*culpa tua id factum esse* „*videbitur*. Puta enim eum „fuisse servum, qui per „catadromum descendere aut „in cloacam demitti solitus „esset. *Idem juris erit, si* „*eam rem imperare solitus* „*fueris, quam prudens, et* „*diligens paterfamilias im*„*peraturus ei servo non* „*fuerit*. Quid si hoc ex„ceptum fuerit? Tamen po„test ei servo novam rem „imperare, quam impera„turus non fuisset, si (non) „venisset: veluti si ei im„perasti, ut ad emptorem „iret, qui peregre esset: „nam certe ea res tuo pe„riculo esse non debet. *Ita*„*que tota ea res ad dolum ma*„*lum dumtaxat, et culpam* „*venditoris dirigenda est.*“ *Fr.* 54. *D.* 19. 1.

allein darauf an, ob der Verkäufer sich eines dolus, oder einer culpa schuldig gemacht habe: weil 1) derselbe widerrechtlich handle, wenn er dem verkauften Sklaven ein gefährliches Geschäft auftrage, wenn er ihn gleich auch vorher zu demselben gebrauchte: indem ihm keine freye Gewalt mehr über denselben zustehe. 2) Weil er für mehr als qualis in suis rebus diligentia hafte, dem Sklaven also rechtlich keine Sache befehlen könne, quam prudens et diligens pater familias imperaturus ei servo non fuerit, und endlich 3) weil es Fälle gebe, wo auch ein Befehl, den er noch nie ertheilt habe, ganz unschuldig ist.

b.) Diligentia diligentis patris familias und diligentia sind gleichbedeutend.

*Fr.* 13. §. 1. *Fr.* 14. *pr. D.* 13. 7. (*de pign. act.*)

„Venit autem in hac actione *et do-* „*lus, et culpa, ut in commo-* „*dato, venit et custodia, vis ma-* „*jor non venit. Ea igitur, quae*

„*diligens pater familias in*
„*suis rebus praestare solet*, *a cre*-
„*ditore exiguntur*.“

*Fr*. 22. §. *ult*. *D*. *eod*.

„Si creditor, cum venderet pignus, „duplum promisit (nam usu hoc „evenerat), et conventus ob evictio„nem erat, et condemnatus: an ha„beret regressum pignoratitiae con„trariae actionis? Et potest dici, esse „regressum, si modo *sine dolo et* „*culpa sic vendidit*, *et ut pater* „*familias diligens id gessit*...“

Nach der ersten Stelle prästirt der Pfandgläubiger dolus, culpa wie der Commodatar, custodia, nicht aber den casus, also den höchsten Fleiß (1). Hieraus wird

(1) Hier kann sowohl Pfeifer (vermischte Aufsätze S. 89 -- 110.), welcher ein Anhänger der gewöhnlichen Theorie ist, als meine Theorie der Culpa S. 53 — 56. S. 149. verglichen werden. S. a. §. 14. (16.) *Inst*. 4. 1. und vorzüglich die Erklärung dieser Stelle bey Theophilus.

gefolgert, daß er so zu handlen verbunden sey, wie ein diligens pater familias: **diese** diligentia ist folglich der höchste Fleiß. Die zweyte Stelle ist an sich wenig beweisend; allein sie spricht von demselben Geschäfte, wie die erste. Derselbe Ausdruck, in demselben Falle gebraucht, muß doch wohl dieselbe Bedeutung haben: diese Stelle beweißt demnach eben so viel, wie jene. — Dieselbe Bedeutung dieses Ausdrucks findet sich in

*Fr.* 65. *pr. D.* 7. 1.

„.. Fructuarius .. *debet enim omne,*
„*quod* *diligens pater familias*
„*in sua domo facit, et ipse facere.*"

Hier wird der Usufructuar zur Prästation der diligentia diligentis patris familias verbindlich erklärt: nun muß derselbe den höchsten Fleiß auf die Erhaltung der Sache wenden, woran er einen Nießbrauch hat (1),

(1) „.. *Omnem* .. *rei curam* suscipit: nam fructuarius *custodiam* praestare debet." *Fr.* 1. §. 7. *Fr.* 2. *D.* 7. 9.

diese diligentia bezeichnet demnach den höchsten Fleiß.

Gegen den so eben erwiesenen Satz kann die in der Note abgedruckte Stelle ([1]) nicht an-

(1) „Cum ita stipulatus „sum, *Ephesi dari? inest* „*tempus*: quod autem accipi „debeat, quaeritur? Et ma- „gis est, ut totam eam rem *ad* „*judicem*, *id est*, *ad virum* „*bonum remittamus*, *qui ae-* „*stimet quanto tempore dili-* „*gens paterfamilias conficere* „*possit*, quod facturum se „promiserit: ut, qui Ephesi „daturum se spoponderit, „neque *duplomate*, diebus „ac noctibus, et omni tem- „pestate contempta iter con- „tinuari cogatur; neque „tam delicate progredi de- „beat, ut reprehensione „dignus appareat: sed ha- „bita ratione temporis, ae- „tatis, sexus, valetudinis: „*cum id agat*, *ut mature* „*perveniat*, *id est*, *eodem* „*tempore quo plerique ejus-* „*dem conditionis homines* „*solent pervenire*, eoque „transacto, quamvis Romae „remanserit, nec possit „Ephesi pecuniam dare, „nihilominus ei recte con- „dicetur, vel quia per ip- „sum steterit quo minus „Ephesi daret, vel quoni- „am per alium Ephesi possit „dari, vel quia ubique po- „test solvere. Nam et quod „in diem debetur, ante so- „lui potest, licet peti non „potest. Quod si duplo- „mate usus, aut felici na- „vigatione, maturius quam „quisque pervenerit Ephe- „sum, confestim obligatus „est: quia in eo quod tem- „pore atque facto finitum „est, nullius est conjectu- „rae locus. — Item qui *insu-* „*lam fieri* spopondit, *non*

geführt werden. Diese gehört gar nicht in die Theorie der Culpa, sondern untersucht nur, wie zwey Contrakte ausgelegt werden müssen. Erstens, auf wie lange das Versprechen, daß an einem andern Orte gezahlt werden solle, die Verbindlichkeit zu zahlen bedinge? Zweytens, in welcher Zeit derjenige, der den Bau eines Hauses übernommen habe, nach dem Contrakte dieses zu vollenden verbunden sey? Hier kann der Ausdruck diligens pater familias gerade so, wie unser „ein fleissiger Mann, ein or„dentlicher Mann" gebraucht werden, ohne daß hiervon ein Schluß auf seine Bedeutung in der Lehre von der Culpa gelten könnte.

„*utique conquisitis undique* „*fabris*, *et plurimis operis* „*adhibitis*, *festinare debet*: „*nec rursus utroque*, *aut al*„*tero contentus esse*: sed „modus adhibendus est *se*„*cundum rationem diligen*„*tis aedificatoris*, *et tempo*„*rum locorumque*. Item, „si non inchoetur opus, „id tantum aestimetur, „quod in illo intervallo „effici potuit: transactoque „tempore, quo insulam „consumare oportuerit, si „postea aedificetur, libere„tur reus: sicut liberatur, „qui se daturum spopondit, „si quandoque tradit." *Fr.* 137. §. 2. 3. *D.* 45. 1.

5. *Diligentia, quam diligentissimus pater familias rebus suis adhibet.* — Ich kenne keine Stelle, worin dieser Ausdruck dem dolus entgegengesetzt würde; allein, da die unter den vier vorhergehenden Nummern aufgezählten dem casus eben so gut, wie dieser ([1]) entgegengesetzt werden, so kann er unmöglich etwas höheres begründen, wie sie. Ohnehin wird er bey demselben Geschäfte, und ganz von demselben Falle gebraucht, von welchen die unter Nro. 7. anzuführenden Stellen reden: gewissermaßen steht er demnach auch in demselben Gegensatze, wie die dort gebrauchten Ausdrücke.

6. *Omnis diligentia* kömmt weder als Gegensatz von dolus noch als Gegensatz von casus vor. So viel ist jedoch gewiß, daß dieser Ausdruck, der

(1) „In rebus commodatis *talis diligentia* praestanda est, *qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet: ita, ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit...*" *Fr.* 18. *pr. D.* 13. 6.

doch auf keinen Fall etwas Geringeres als diligentia bezeichnet, sowohl bey Geschäften gebraucht wird, wo nach der Meinung der Vertheidiger der ältern Theorie die culpa levis (1), als auch bey solchen, wo die levissima(2) prästirt werden muß.

7. *Exacta, exactissima diligentia in custodiendo.* Beyde Ausdrücke gehören gewissermaßen unter diese, gewissermaßen unter die folgende Rubrik: ich glaube daher keinen Fehler zu begehen, wenn ich sie hier aufzähle. — Sie werden beyde zur Bestimmung der Verbindlichkeit des Commodatar gebraucht.

§. 2.

(1) „..Dum venditoris custodia est (d. i. so lange der „Verkäufer die Sache noch „unter seiner Aufsicht hat), „is stipulari debet, *omnem*„*que diligentiam* emtori prae„stare..." *Fr.* 18. §. 9. „*D.* 39. 2. (*de damno in*„*fecto*) „Emtor aedium „ante traditam sibi posses„sionem ideo inutiliter sti„pulatur, quia venditor „*omnem diligentiam* ei prae„stare debet..." *Fr.* 38. *pr. D. eod.*

(2) „Si mater tua... ne„gotia, quae ad te perti„nent, gesserit, cum *om*„*nem diligentiam* praestare „debeat..." *C.* 24. C. 4. 32.

§. 2. *I.* 3. 14. [15.] (1)

„. . . At is, qui utendum accepit, „sane quidem *exactam diligentiam custodiendae rei praestare* „*jubetur: nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam in suis* „*rebus adhibere solitus est; si modo* „*alius diligentior poterat eam rem* „*custodire.* Sed propter *majorem* „*vim, majoresque casus* non tene„tur. . . " (2).

(1) „. . At commodata„rius diligenter tamen com„modatum custodiens, non „convenitur: *neque sufficit ei* „*tantam circa commodatum* „*curam ostendere, quantam* „*in suis habet rebus, sed* „*quantam alius diligentior* „*habere potest.* Quod si „*majore vi, i. e. casu for*„*tuito*, commodatum contin„gat perire, haud tenebi„tur, nisi forte ex culpa „ejus hic casus contigerit. . ." THEOPHILUS *ad h.* §.

(2) „. . Placuit sufficere, „quod ad eam rem custo„diendam *exactam diligen*„*tiam* adhiberet: *quam* si „praestiterit, *et aliquo ca*„*su fortuito* eam rem amise„rit, securum esse. . " §. 4. *I.* 3. 14. (15.)

*Fr.* 1. §. 4. *D.* 44. 7.

„..Is vero, qui utendum accepit, si „*majore casu*, cui humana infirmitas „resistere non potest, veluti incen„dio, ruina, naufragio rem, quam „accepit, amiserit, securus est. „Alias tamen *exactissimam diligen„tiam* custodiendae rei praestare com„pellitur; *nec sufficit ei eandem di„ligentiam adhibere, quam suis re„bus adhibet, si alius diligentior „custodire poterit.*“

Die Fassung dieser Stellen ist mit der des oben (1) angeführten §. 1. *I.* 3. 27. auffallend ähnlich: eine Vergleichung derselben wird daher hier nicht uninteressant seyn. Alle Stellen kommen darin überein, daß der Fleiß, den man in eigenen Geschäften anzuwenden pflegt, mit dem höchsten Fleiße, der nur irgend hätte angewendet werden können, auf eine ganz ei-

(1) S. o. S. 84.

gene Art verglichen wird. Bey der negotiorum gestio kann diese Vergleichung zweydeutig seyn, da sich bey ihr das Verdrängen eines Fleißigern denken läßt: dies ist hier nicht der Fall; unsere Stellen demnach, welche gerade so reden, wie jene, enthalten den sichersten Beweis für die Richtigkeit der dort gegebenen Erklärung.

Die Verschiedenheit dieser Stellen besteht darin: dort war nicht von der Aufbewahrung einer Sache, sondern von der Führung von Geschäften die Rede; dort wurde daher der Ausdruck diligentia ganz allgemein und ohne Zusatz gebraucht: hier dagegen, wo eine Sache Gegenstand des Geschäftes ist, wird diese diligentia dahin näher bestimmt, daß sie sich auf die Erhaltung der Sache richten müsse: die Verbindlichkeit folglich, für diese Erhaltung zu sorgen, wird als ein Theil der diligentia betrachtet. Allein unter dieser diligentia, quae custodiendae rei praestatur, muß dem Sprachgebrauche nach auch die custodia begriffen seyn (wenn jener Ausdruck nicht überhaupt nur eine

Umschreibung dieses Wortes ist); auch die custodia ist demnach als ein Theil der diligentia zu betrachten.

Dieser Satz ist für die gegenwärtige und folgende Darstellung sehr bedeutend. Einmal bekommen hierdurch alle Stellen, welche für die Gegensätze von diligentia beweisen, auch für custodia Beweiskraft, und umgekehrt: sodann können nun diligentia und custodia (so lange nicht von ihrem wechselseitigen Verhältnisse die Rede ist) immer als Eins betrachtet werden: wodurch der Gang der folgenden Untersuchung sehr vereinfacht und erleichtert wird.

Der Beweis dieses Satzes ergiebt sich ferner, erstens aus einer Stelle, worin die Verbindlichkeit des Commodatars zur custodia näher bestimmt wird.

*Fr.* 5. §. 9. *D.* 13. 6.

„Usque adeo autem *diligentia* in re „commodata praestanda est, ut etiam „in ea, quae sequitur rem commoda-

„tam praestari debeat. Ut puta, „equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur: etiam pulli *te custodiam* praestare debere veteres „responderunt. (1)"

In dieser Stelle wird der Grundsatz aufgestellt, daß der Commodatar auch wegen den Sachen, welche zu der commodirten gehören, *diligentia* prästiren müsse. Dieser Grundsatz wird auf den Fall angewendet, wo Jemand ein Pferd mit seinem Jungen, das diesem nachläuft, verliehen hat. Hier soll der Commoda-

(1) „Non solum autem „in re commodata competit ei, cui commodata est, „furti actio; *sed etiam in* „*ea quae ex ea adgnata est:* „*quia et hujus custodia* „*ad eum pertinet.* Nam et „si servum tibi commodavero, et vestis ejus nomine furti ages; quamvis „vestem, qua vestitus est, „tibi non commodaverim. „Item si jumenta tibi commodavero, quorum sequela erat equleus, puto competere furti actionem etiam „ejus nomine, quamvis ipse non sit commodatus. *Fr.* 14. §. 15. *D.* 47. 2.

tar auch in Rücksicht des Füllen zur *custodia* verbunden seyn (1).

Einen zweyten Beweis liefert Theophilus, der an mehreren Orten *diligentia* technisch für *custodia* gebraucht, indem er sich dieses Ausdruckes, ohne ihn zu übersetzen, da bedient, wo in den Institutionen das Wort

(1) In dem *Fr.* 53. §. 3. *Fr.* 85. *D.* 47. 2. wird gesagt, daß der Tutor, welcher diligentia prästirt, die actio furti aus besondern Gründen nicht anstellen könne, obschon er für den durch das furtum entstandenen Schaden haften müsse; d. i. wie ich unten zeigen werde, obschon er custodia prästire. Diese Stelle ist daher so beweisend, wie die im Texte angeführte: ich habe sie nicht benutzt, weil in dem vorliegenden Werke die mißverstandene Verbindlichkeit des Tutors nicht erklärt werden kann; und verweise daher auf meine Bruchstücke zur Berichtigung der Lehre von der Tutel. Ferner kann benutzt werden, das *Fr.* 18. *pr.* *D.* 13. 6. „In rebus „commodatis talis *diligentia* „praestanda est, qualem „quisque diligentissimus pa„ter familias rebus suis ad„hibet: ita, ut tantum eos „casus non praestet, qui„bus resisti non possi: „veluti . . . *latronum hosti*„*umve incursus*, *piratarum* „*insidias* . . . *fugas servorum* „*qui custodiri non so*„*lent*..“

*custodia* vorkömmt. Einen dritten enthalten die Fragmente, wo custodia durch diligentia erklärt und bestimmt wird. Ich kann die weitere Ausführung von Beydem hier leicht übergehen, da die hierhergehörigen Stellen ohnehin unter der folgenden Rubrik vorkommen.

C. Custodia.

1. *Custodia* ohne Zusatz. Die Verbindlichkeit, welche die Römer mit diesem Worte bezeichneten, ist, wie unten noch genauer wird erwiesen werden, so groß, daß derjenige, welcher custodia zu prästiren verbunden ist, für jeden durch ein furtum entstandenen Schaden haften muß; es ist daher überflüssig hier den Gegensatz zwischen custodia und casus eigens zu beweisen; ich werde deßwegen nur auf seinen Gegensatz zum dolus vorzügliche Rücksicht nehmen: hierzu glaube ich mich um so mehr berechtigt, da auch bey dieser Gelegenheit Beyspiele genug vorkommen werden, welche den Beweis des doppelten Gegensatzes enthalten.

a. Theophilus *IV.* 1. §. 13.

„Habe haec in modum praeviae contemplationis: qui nobis obligati „sunt ex aliquo contractu, debent „in iis, ad quae tenentur, *nonnunquam solum dolum, nonnunquam* „*et diligentiam, id est curam* (1): „aut enim non debent dolum in iis „committere, aut non oportet negligentes esse in eorum custodia. Sed „siquidem nihil lucrantur, ex *solo* „*dolo* obligantur: sin autem aliquod

(1) „Ἔσθ᾽ ὅτε δόλον „μόνον, ἔσθ᾽ ὅτε καὶ „diligentiam τουτέστι „σπουδήν. Die beyden letzten Worte fehlen bey Fabrot, und sie sind auch wirklich überflüssig, besonders, wenn man bedenkt, daß „aut non oportet negligentes esse in eorum „custodia" gerade das sagt, was durch diesen Zusatz erklärt werden soll. Uebrigens brauche ich wohl nicht zu bemerken, daß durch diese und die zwey folgende Stelle der Beweis, daß Theophilus diligentia technisch für custodia gebrauche, den ich oben zu führen versprochen habe, vollständig geführt ist. Dieselbe Verwechslung findet sich in §. 14. und 16. *eod.*

„iis lucrum obvenit, tunc et *ex negligentia* obligantur.“

§. 17. (19) *I.* 4. 1.

„Is apud quem res deposita est, *custodiam* non praestat: *sed tantum in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit.* Qua de „causa, si res ei subrepta fuerit; „quia restituendae ejus rei nomine „depositi non tenetur: nec ob id ejus „interest rem salvam esse, furti „agere non potest..“

Theophilus *ad* §. *cit.*

„Deposui rem meam apud Titium: „*diligentiam* non utique debet in re „deposita ([1]), ut, qui nihil lucratur, imo potius ex contrario ipse do-

(1) „παρεθέμην „Τιτίῳ πρᾶγμα ἐμόν. „diligentiam : οὐκ ἔτι „ἐποφείλει ἐπὶ τῷ „παρακατατεθέντι „πράγματι“

„mino lucri causa est, quippe in lo-
„co magis tuto rem meam collocans.
„In hoc tantum obnoxius erit actioni
„depositi, *si per aliquem ipsius do-*
„*lum res laesa sit:* unde ea subrep-
„ta, cum non conveniatur ob rei re-
„stitutionem, quia ejus nihil inter-
„est rem servari, non instituet ad-
„versus furem furti actionem..“

In dem dreyzehnten und den folgenden Paragraphen dieses Titels wird in den Institutionen die Frage abgehandelt, wer die actio furti anstellen könne? Diese wird in §. 13. allgemein beantwortet: „Furti autem actio „ei competit, cujus interest rem salvam es- „se, licet dominus non sit.“ (¹) und hiernach in den folgenden mehrere Fälle beurtheilt. Um nun bestimmen zu können, wann ein nicht Eigenthümer ein Interesse dabey hat, daß die Sache nicht gestohlen worden sey, ist es noth-

(1) S. meine Theorie der Culpa S. 73.

wendig den Grad des Fleißes zu kennen, den er auf die Bewahrung der Sache verwenden muß; d. i. zu wissen, ob er die custodia prästire (1)? Daher schaltet Theophilus die zu-

(1) „Itaque fullo, qui „curanda, polienda vesti- „menta accepit, *semper* „*agit* : *praestare enim* „*custodiam* debet." *Fr.* 12. *pr. D.* 47. 2 (*de furtis*) „....Et ideo quaeri potest, an „etiam is, cui data est per- „ferenda, *furti agere* pos- „sit? Et, *si custodia ejus* „*ad eum pertinet*, *potest*...." *Fr.* 14. §. 17. *D. eod.* *Fr.* „14. §. 15. *D.* 47. 2. S. v. S. 101. Note 1. „Si rem „inspectori dedi, an similis „sit ei, cui commodata res „est quaeritur? Et si qui- „dem mea causa dedi, dum „volo pretium exquirere, „*dolum mihi tantum* praesta- „bit; si sui, et *custodiam;* „*et ideo furti habebit ac-* „*tionem.*" *Fr.* 10. §. 1. *D.* 13. 6. „..*Tibi competit fur-* „*ti actio*, *quia custo-* „*dia rei ad te pertinet*...." *Fr.* 48. §. 4. *D.* 47. 2. „An „pater, cujus filio commo- „data res est, furti actio- „nem habeat, quaeritur? Et „Julianus ait, patrem hoc „nomine agere *non* posse, „*quia custodiam praestare* „*non debeat.* Sicut, inquit, „is qui pro eo, cui commo- „data res est, fidejussit, „*non* habet furti actionem. „*Neque enim, inquit, is,* „*cujuscunque intererit rem* „*non perire, habet furti ac-* „*tionem; sed qui ob eam rem* „*tenetur, quod ea res* „*culpa ejus perierit.* „Quam sententiam Celsus „quoque libro duodecimo di- „gestorum probat." *Fr.*

erst abgedruckte Stelle als Einleitung hier ein.

In derselben wird die Culpa sehr deutlich in zwey Grade getheilt, und dem dolus die diligentia, d. i., wie aus dem Bisherigen erhellt, die custodia entgegengesetzt. Dieses ist um so mehr beweisend, da der Natur der Sache nach hier dieser Gegenstand ex professo abgehandelt werden soll, und, wie die folgende Darstellung zeigt, auch vollständig abgehandelt wird.

Es wird hier der Grundsatz aufgestellt, daß derjenige, welcher keinen Vortheil zieht nur für den dolus einstehe, derjenige aber, zu dessen Vortheil das Geschäft ist, ohne Rücksicht auf den Nutzen, den sein Mitcontrahent hat, custodia prästire: folglich ein Grundsatz, der mit der dreyfachen Eintheilung der Culpa nicht bestehen kann. Dieser

14. §. 10. *D* 47. 2. Daß übrigens culpa hier wie in vielen andern Stellen, namentlich in dem eben angeführten *Fr.* 10. §. 1. *D.* 13. 6. und in *Fr.* 14. §. 11. *D.* 47. 2. „puto eum etiam „*culpam* praestare, *et ideo* „*et furti agere posse*“ für Unterlassung der custodia gebraucht wird, hat wohl keinen Zweifel.

Grundsatz wird in der Folge auf das Pfand (1), die locatio conductio (2) das Commodat (3) und

(1) „..Dabitur furti actio „.. creditori ... quoniam „ipse re servata lucratur... „*adeoque idcirco et dolum* „*et* DILIGENTIAM *debet*..." THEOPHILUS IV. 1. §. 14. Auch hier ist der Ausdruck diligentia, so wie oben, und in §. 16. eod. lateinisch; also als technischer Ausdruck gebraucht. S. a. *Fr.* 13. §. 1. *D.* 13. 7. *C.* 19. *C.* 8. 14. Fr. 12. §. 2. *D.* 47. 2. u. a. m.

(2) „..Sarcinator autem „vel fullo ideo furti agunt, „quia horum interest fur„tum factum non esse.." THEOPHILUS *IV.* 1. §. 15. „In judicio tam locati, „quam conducti *dolum et* „*custodiam, non eti*„*am casum*, cui resisti „non potest, venire con„stat." *C.* 28. *C.* 4. 65. *Fr.* 12. *pr.* *D.* 47. 2. S. o. S. 107. Not. 1. *Fr.* 14. §. 16. 17. *D. eod.* *Fr.* 48. §. 4. *D. eod.* *Fr.* 5. *pr.* *D.* 4. 9. *C.* 1. *C.* 4. 65. COLL. LEG. MOS. ET ROM. *tit.* 10. §. 9. §. 5. I. 3. 24. (25.) u. a. m.

(3) „..Nam ut ille ful„lo mercedem accipiendo, *cu*„*stodiam* praestat: ita is „quoque, qui commoda„tum utendi causa accepit, „*similiter* necesse habet *cu*„*stodiam* praestare..." §. 16. (18) I. 4. 1. „..Sed commo„datario furti actio dabatur „(nämlich allein, nicht dem „Eigenthümer. Eine Con„stitution von Justinian „hat dem Letztern die Wahl „zwischen der actio furti „und commodati gelassen, „daher das Imperfekt), „quia ipsum laedebat fac„tum furtum... et *idcirco* „DILIGENTIAM *in illa re* „*debebat, sicut et fullo merce*„*dem accipiendo*.." THEOPHILUS *IV.* 1. §. 16.

das *depositum* angewendet, und dem Pfand-gläubiger, dem conductor und Commodatar die actio furti gegeben, weil sie zur diligentia verbunden seyen: dem Depositar aber versagt, weil er nur für den dolus, nicht für die custodia hafte. Die gleiche Behandlung der drey Ersten beweißt für die Richtigkeit der Eintheilung in dolus und custodia und der Erklärung der angegebenen Regel: die Stellen über den Letztern enthalten außerdem noch den hier zu beweisenden Gegensatz, und sind daher schon oben angeführt worden.

b. *Fr.* 2. §. 1. *D.* 18. 6.

„*Custodiam* autem ante admetiendi „diem *qualem* praestare venditorem „oporteat, *utrum plenam*, *ut* (daß „er auch) *et diligentiam praestet*, *an* „*vero dolum duntaxat*, *videamus?* „Et puto, *eam diligentiam vendito-* „*rem exhibere debere*, *ut fatale* „*damnum*, *vel vis magna sit excu-* „*sata.*“

*Fr. 3. D. eod.*

„Custodiam autem venditor talem „praestare debet, quam praestant „hi, quibus res commodata est: *ut* „(daß er also) *diligentiam praestet* „*exactiorem, quam in suis rebus ad*„*hiberet.*“

In beyden Stellen wird custodia nicht technisch, sondern in seinem gewöhnlichen Sinne gebraucht ([1]). In der ersten, indem hier erst der Grad des Fleißes bestimmt werden soll,

(1) „..Plerumque *custodiam* earum maritus repromittit.... Et si *custodia* marito committitur, „*depositi*, *vel mandati* (zwey „Geschäfte, bey welchen kei„ne custodia prästirt wird) „agi poterit..“ *Fr.* 9. §. 3. *D.* 23. 3. „..*Custodiae* „causa tradidit..“ *Fr.* 77. §. 21. *D.* 31. „Proinde, et „si *custodiam* tabularum aedituus vel tabularius suscepit, dicendum est teneri „eum interdicto.“ *Fr.* 3. §. 3. *D.* 43. 5. (*de tab. exhib.*) „Servos ad templi *custodiam* .. destinatos..“ *Fr.* 35. *D.* 40. 12. „Servos „ad *custodiam* templi reli„querat...“ *Fr.* 17. *D.* 34. 1. u. a. m., z. B. Fr. 35. §. 4. D. 18. 1. Fr. 4. §. 1. 2. D. 18. 6. Fr. 14. pr. D. 47. 2.

der durch den technischen Ausdruck custodia schon deutlich genug würde angegeben seyn. Die Frage, die in derselben aufgeworfen wird, ist demnach: Wie muß der Verkäufer die Sache vor der Zumessung bewahren, wenn ad mensuram verkauft worden: muß er hierzu diligentia anwenden, oder hat er nur den dolus zu prästiren? — In der zweyten, da die Grösse der Verbindlichkeit durch eine Vergleichung mit dem Commodate angegeben wird. — Beyde Fragmente beweisen folglich für den Gegensatz zwischen dolus, diligentia und custodia, und dem casus eben so gut, wie für den Satz, daß custodia und diligentia in custodiendo als völlig gleichbedeutend zu betrachten sind.

2. *Diligens custodia* ist mit custodia völlig synonim

*Fr.* 5. §. 5. 6. *D.* 13. 6.

„*Custodiam* plane commodatae rei
„etiam *diligentem* debet praestare.
„*Sed an etiam hominis commodati*
„custo-

ergiebt, daß beyde gleichbedeutend gebraucht werden. Dasselbe gilt von culpa omnis. Bey diesem Ausdrucke ist es jedoch merkwürdig, daß wir ihn nur in Fällen finden, wo zwar diligentia, aber keine custodia prästirt wird. (1).

Drittens. *Diligentia*, *exacta diligentia*, *exactissima diligentia*, *diligentia diligentis patris familias*, *diligentia*, *quam diligentissimus paterfamilias rebus suis adhibet*, sind offenbar gleichbedeutend. Eben so *custodia*, *diligens custodia*, *exacta*, *exactissima diligentia in custodiendo*, *custodia*, *qualem diligentissimus pater familis rebus suis adhibet*. Es folgt daher, daß nur diligentia und custodia technische

(1) 1. Von dem Mandate. 2. In einer Stelle des Ulpian von dem Kaufe. Daß nach der Meinung dieses Juristen hier keine custodia prästirt werde, muß unten ersen werden. 3. Von dem mensor. Dieser kann durch positive Handlungen gar nicht und eben so wenig durch unterlassene Bewahrung schaden: er kann demnach nur dolus (in der ersten Bedeutund dieses Worts), qualis in suis rebus diligentia, und diligentia prästiren. Daß er für die letzte nicht einstehe, wird so ausgedrückt: *non omnem culpam praestat.*

Ausdrücke seyn können, deren Inhalt in den andern Ausdrücken durch eine Umschreibung angegeben wird. Daß sie wirklich technisch sind, wird jeder Unpartheiische eben so gut zugeben.

Viertens. Wenn die diligentia diligentis patris familias nicht der culpa entgegengesetzt, sondern überhaupt gesagt wird, es müsse jemand handeln, wie ein diligens paterfamilias, so ist hiermit auch bestimmt, daß er für culpa hafte. Theils, weil es keinen Fall giebt, wo diligentia und keine culpa prästirt würde, sobald nur die letzte möglich ist; theils, weil die Handlungsweise eines fleißigen Hausvaters auch die culpa ausschließt.

Fünftens. Der Ausdruck omnis diligentia findet sich nur in Fällen, wo diligentia und custodia prästirt wird (1). Es scheint also, daß hier-

(1) 1. Bey den negotiis gestis. 2. In Stellen des Paulus über den Kauf. Diese Stellen werden unter der folgenden Nummer erklärt, und in der vierten Abhandlung wird erwiesen werden, daß nach der Meinung des Gajus, Ulpian, der Institutionen und des Theophilus keine; nach der des Paulus und Neratius allerdings custodia in diesem Geschäfte zu prästiren ist.

durch angezeigt werden soll, daß beyde Theile der diligentia, d. i. diligentia und custodia geleistet werden müssen.

II. Die einzige Regel, welche uns die Alten über die Verbindlichkeit zur Prästation der Culpa angeben, ist folgende: derjenige Contrahent, welcher Vortheil aus einem Geschäfte zieht, haftet für das geringste Versehen: gleichviel, ob das Geschäft allein zu seinem, oder zu beyder Theile Nutzen abzwecke: der Theil, welcher kein Interesse bey demselben hat, prästirt nur den dolus.

Diese Regel ist aus mehreren Gründen mit der dreytheiligen Eintheilung der Culpa unvereinbar. Zuerst gründet sie sich auf die Eintheilung in dolus und culpa: zweytens macht sie das mittlere Glied völlig überflüssig; indem die culpa levis itzt keinen Gegenstand mehr hat: zuletzt verlieren hierdurch fast alle Stellen, worauf man die culpa levissima gründet, nicht allein alle Beweiskraft, sondern sie können noch größten Theils als Beweise für meine Meinung angeführt werden; wie dies denn auch zum Theile in meiner Theorie der Culpa geschehen ist.

Ausdrücklich finden wir unsre Regel in zwey Stellen angegeben. Die eine spricht vorzüglich in Beziehung auf die custodia. Diese ist schon oben (1) bey einer andern Gelegenheit benutzt, und hinlänglich erläutert worden. Durch ihre engere Beziehung verliert sie an ihrer Beweiskraft nichts, da nach der Absicht des Schriftstellers nur in besonderer Hinsicht auf custodia gesprochen werden konnte. Es liegt also hierin keine Ausschließung der diligentia, diese muß im Gegentheile ganz in demselben Verhältnisse stehen, da die custodia im Grunde nichts, wie diligentia in custodiendo ist.

Mit dieser Stelle kann verbunden werden

*Fr.* 10. §. 1. *D.* 13. 6. (*Ulpianus lib.* 29. *ad Sabinum*)

„Si rem inspectori dedi, an similis „sit ei, cui commodata res est, quae„ritur: et, si quidem *mea causa* de„di, dum volo pretium exquirere, „*dolum* mihi tantum praestabit: *si* „*sui, et custodiam*..."

(1) S. v. S. 104.

Dieses Fragment handelt nur den Fall ab, wo der inspector allein, und wo er gar keinen Vortheil zieht. Schon aus dem unmittelbaren Gegensatze von dolus und custodia folgt aber, daß der Fall, wo beyde Theile intereßirt sind, mit einem der angegebenen gleich behandelt werden muß: welcher von beyden dieses sey, ist wohl nach dem, was bisher, und vorzüglich, was zur Erläuterung der Stelle des Theophilus ausgeführt worden ist, keinem Zweifel unterworfen. Ich bemerke daher hier nur noch, daß der Beweis, bey dem Pfande, und der Miethe werde custodia wie bey dem Commodate prästirt, sogar aus Stellen, welche mit der unserigen aus demselben Abschnitte desselben Buches genommen sind, geführt werden kann (1).

Die andere Stelle spricht ganz allgemein:

*Fr.* 17. §. 2. *D.* 19. 5. (*Ulpianus lib.* 28. *ad Edictum*)

„... Si cui inspiciendum dedi, *sive* „*ipsius causa, sive utriusque,*

(1) *Fr.* 12. 14. §. 2. 14. 16. 17. *D.* 47. 2.

„et *dolum* et *culpam* mihi praestan-
„dam esse dico, *propter utilitatem:*
„*periculum non. Si vero mei dun-*
„*taxat causa* datum est, *dolum so-*
„*lum*; quia prope depositum hoc ac-
„cedit.“

Also derjenige, der Interesse bey einem Geschäfte hat, soll ohne alle Rücksicht auf das Interesse seines Mitcontrahenten dolus und culpa, aber keinen casus prästiren. Daß Culpa hier in seiner allgemeinern Bedeutung gebraucht wird, so daß es auch die omissio der diligentia und custodia unter sich begreift, kann schon den Worten dieser Stelle nach nicht wohl bezweifelt werden. Dies erhebt eine Anwendung dieser Regel in dem §. 4. desselben Fragments zur vollesten Gewißheit.

„Si, cum mihi vestimenta venderes,
„rogavero, ut ea apud me relinquas, ut
„peritioribus ostenderem: mox haec
„*perierint vi ignis, aut alia*
„*majore, periculum me minime*
„*praestaturum. Ex quo appa-*

„*ret, utique custodiam ad me*
„*pertinere.*“

In dem hier beurtheilten Falle, wo offenbar beyde Theile Vortheil ziehen, wird also der Verkäufer zur Prästation der custodia verbindlich erklärt, weil er nicht für den casus einstehe. Dieser Satz kann nicht ohne Beziehung auf einen frühern verstanden werden: dieser frühere ist die eben angeführte Regel. Im §. 2. wird demnach culpa nicht in seiner technischen Bedeutung genommen, in welcher die omissio custodia nicht zu derselben gehört; also in seiner allgemeinern.

Die Richtigkeit der angegebenen Regel beweißt sich ferner daraus, daß in mehreren Geschäften, wo beyde Theile Vortheil ziehen, und wo, nach der ältern Theorie, culpa levis prästirt wird, auch die diligentia prästirt werden muß.

1. Bey dem Kaufe. Schon oben sind mehrere Stellen vorgekommen, welche den Beweis dieses Satzes enthalten (1). Ich beschrän-

(1) S. o. S. 79. 83. u. 89. Mit diesen Stellen kann noch *Fr.* 13. §. 16. *D.* 19. 1. verbunden werden. Ferner *Fr.* 3.

ke mich daher auf die Anführung von dreyen, welche ohnehin an keinem andern Orte besser angeführt werden können, wie hier; und welche, wegen der unrichtigen Erklärung, die man von ihnen gegeben hat, nothwendig in dieser Abhandlung erklärt werden müssen.

*Fr.* 18. §. 7. 8. 9. *D.* 39. 2. (*Paulus* lib. 48. ad Edictum.)

„Emtor praedii, si ante traditionem „stipulatus sit, cautum habebit de „eo damno, quod post traditionem „factum erit. Venditorem autem ae„dium, *priusquam possessionem tra„dat*, stipulari oportet: *quia hujus „quoque rei culpam praestat*. Sed

*D.* 18. 6. S. 111. Auch diese Stelle gehört hierher, obschon sie durch ihre Stellung in dem Titel *de periculo et commodo rei venditae* ihren ursprünglichen Sinn verliert. Bey Paulus kann sie unmöglich auf die venditio ad mensuram bezogen worden seyn, indem dieser Jurist in *Fr.* 5. *D. eod.* sagt: „donec admetiatur *omne* „*periculum* venditoris est.“

„quid fiet, si venditor *sine culpa* „stipulari non potuerit, et ob hoc „emtor stipulatus fuerit? Num dam„num non (1) patitur? An hoc dam„num in aliena re acciderit, revolvi„tur autem ad emtorem, quia actio„nem ex emto non habet? Sed nihil „in hac causa proficit stipulatio, ni„si in id, quod post traditionem ac„cidit; quia, *dum venditoris custo„dia est* (2), is stipulari debet, *om-*

(1) So liest Haloander statt „nonne damnum patitur.

(2) d. i. „so lange er „das Haus noch in seiner „Gewalt hat, d. i. so lan„ge er noch besitzt." „Quidquid autem eorum, „(d. i. von wilden Thie„ren) ceperimus, eo usque „nostrum esse intelligitur, „donec nostra *custodia* co„ercetur: cum vero evase„rit *custodiam* nostram..." *Fr*. 3. §. 2. *D*. 41. 1. „*Ner„va* filius res mobiles, ex„cepto homine, quatenus „sub *custodia* nostra sint, „hactenus possideri: *id est*, „*quatenus*, *si velimus*, *natu„ralem possessionem nancisci „possimus*." *Fr*. 3. §. 13. *D*. 41. 2. „Aves autem „possidemus, quas inclusas „habemus, aut, si quae „mansuetae factae, *custo„diae* nostrae subjectae

„*nemque diligentiam* emtori „*praestare: et quod alia actione quae-* „*ri potest, id in stipulationem dam-* „*ni infecti omnino non deducitur.*"

*Fr.* 38. *pr. D. eod.* (*Paulus* lib. 10. ad Sabinum).

„Emtor aedium ante traditam sibi pos- „sessionem ideo inutiliter stipulatur, „*quia venditor omnem diligenti- am ei praestare debet:* tunc certe „utiliter stipulatur, *cum omnis culpa* „*a venditore abierit* (1): veluti,

„sunt." *Fr.* 3. §. 15. *eod.* „..Nihil interest, utrum mi- „hi, an, cuilibet jusserim, „*custodia* tradatur ... Nihil „video interesse utrum ipse „acervum, an mandatu meo „alius *custodiat*.." *Fr.* 51. *D. eod.* u. a. m. In der folgenden Stelle ist custodia in derselben Bedeutung genommen.

(1) St. a Porta in den Noten bey Gebauer. — d. i. „Wenn der Verkäufer nicht mehr für omnis „culpa steht." Eine andere Erklärung ist unmöglich, weil nach der vorigen Stelle, welche sogar von demselben Juristen herrührt, der venditor zu dem Ersatze des durch die unterlassene stipulatio de damno infecto entstandenen Schadens verbunden ist; so lange er omnis diligentia anwenden muß: selbst, wenn er ohne seine Schuld nicht stipulirt hat.

„si precario emtori in his aedibus
„esse permisit, *custodiam que ei*
„*absuturus tradidit.*"

*Fr.* 36. *D.* 19. 1. (*Paulus* lib. 7. ad Plautium.)

„Venditor domus, antequam eam
„tradat, damni infecti stipulationem
„interponere debet: quia, *antequam*
„*vacuam possessionem tradat, cu-*
„*stodiam et diligentiam* prae-
„stare debet(1): *et pars est custodiae,*
„*diligentiaeque*, hanc interponere sti-
„pulationem: et ideo, si id neglexe-
„rit, tenebitur emtori."

In diesen Stellen sind vier Sätze enthalten:

a. Vor geschehener Tradition kann der Käufer eines Hauses nicht de damno infecto stipuliren. Stipulirt er doch, so ist die Stipulation

(1) „... *Custodia enim et diligentia* in re *commodata* praestanda est." PAULUS *II.* 4. §. 1.

nur in Hinsicht auf den Schaden von Wirkung, der nach geschehener Tradition entsteht.

b. Es gehört zur Pflicht des Verkäufers, so lange er besitzt, auf die Eingehung dieser Stipulation zu dringen, weil er vermöge des Contractes zur omnis diligentia, d. i. zur Aufwendung des höchsten Fleißes verbunden ist.

c. Kann er während seinem Besitze diese Stipulation auch ohne seine Schuld nicht vornehmen, so ist er dennoch zu dem Ersatze des entstehenden Schadens verbunden, weil die Ursache davon einzig in seiner Person liegt: ungefähr, wie der Miethmann dem Vermiether für den Schaden einsteht, der aus persönlicher Feindschaft gegen ihn der vermietheten Sache ist zugefügt worden, wenn er ihn gleich nicht hätte abwenden können (1).

d. Steht der Verkäufer nicht mehr für omnis culpa, so ist er auch nicht mehr zur Vornah-

(1) „Culpae autem ipsius (des conductor) et „illud adnumeratur, si „propter inimicitias ejus „vicinus arbores exciderit." *Fr.* 25. §. 4. *D.* 19. 2.

me der Stipulation verbunden; diese wird daher dem Käufer gestattet, weil sonst gar nicht für Abwendung des Schadens gesorgt wäre. Dies ist der Fall, wenn der Verkäufer ihm den Besitz des Hauses precario überlassen hat, ohne es ihm jedoch in Gemäßheit des Vertrags zu übergeben (1).

Aus diesen Fragmenten folgt demnach, daß der Verkäufer in dem angegebenen Falle zum höchsten Fleiße verbunden ist. Dieses wird gar nicht als eine Abweichung von der Regel angeführt, welche man aus Polizey Rücksichten eingeführt habe; im Gegentheile zeigt die ganze Darstellung, daß hier nur eine allgemeine Regel auf einen einzelnen Fall angewendet wird.

Eben so wenig beweist der Umstand, daß custodia immer im Satze vorkömmt, etwas gegen unsere Meinung: denn, einmal ist custo-

(1) Andere Fälle sind wahrscheinlich a) wenn der emtor in mora accipiendi und b) Wenn in dem Vertrage die Verbindlichkeit zur praestatio omnis diligentiae nachgelassen ist.

dia pars diligentiae, d. i. diligentia in custodiendo, also von dieser gar nicht dem Grade nach verschieden; zweytens kann das blose Vorkommen in dem Satze auch in dem entgegengesetzten Falle nichts ändern, wenn nicht hierdurch zugleich der Sinn des Satzes, was hier nicht geschieht, völlig geändert wird, und endlich wird custodia in den beyden ersten Stellen in einer ganz andern Bedeutung gebraucht, wie in der Lehre von der Culpa.

2. Diligentia wird ferner prästirt bey der Miethe.

a *Fr.* 25. §. 7. *D.* 19. 2.

„Qui columnam transportandam con-
„duxit, si ea dum tollitur, aut por-
„tatur, aut reponitur, fracta sit: ita
„id periculum praestat, siqua ipsi-
„us, eorumque quorum opera ute-
„retur, *culpa* acciderit. *Culpa au-*
„*tem abest, si omnia facta sunt,*
„*quae diligentissimus quisque obser-*
„*vaturus fuisset. Idem scilicet in-*
„*telli-*

„*telligimus, et si dolia vel tignum*
„*transportandum aliquis conduxerit.*
„*Idemque etiam ad caeteras res*
„*transferri potest.*"

Von diesem Fragmente kenne ich nicht weniger als fünf unrichtige Erklärungen, welche alle von dem nirgends bewiesenen Satze ausgehen, daß bey der locatio conductio nur culpa levis prästirt werde. Drey derselben habe ich schon in meiner Theorie der Culpa ([1]) angegeben, und berichtigt: nach der vierten soll hier von custodia, und nach der fünften von einem durch positive Handlungen zugefügten Schaden, die Rede seyn. Beyde widerlegt schon eine flüchtige Ansicht der Stelle selbst. Ist wohl die Unterlassung dessen, quod diligentissimus quisque observaturus fuisset eine positive Handlung?

(1) S. 52. u. 148. Der ersten stehen auch noch die zuletzt in der Stelle erwähnte Fälle entgegen; was dort zu bemerken vergessen worden ist.

Ist diese Unterlassung eine Nachläßigkeit im Bewahren? (1) Und sind überhaupt diligen-

(1) Ich weiß, daß man die custodia gar nicht hierauf, sondern auf die Verbindlichkeit bezieht, eine völlig vernichtete Sache zu ersetzen, daß man diese custodia zwar als einen Theil der diligentia betrachtet, sie aber doch dem Verkäufer, dem Miether und dem Pfandgläubiger auflegt, daß man daher hier durch den Ausdruck „fracta" die Erklärung völlig gerechtfertigt glaubt; allein nichts desto weniger glaube ich ohne einseitig zu seyn die Bemerkung im Texte genugsam widerlegend. — Ohnehin muß eine verbrochene Statue, 2c. noch gar nicht vernichtet seyn.—Nach der Meinung, worauf sich diese Erklärung gründet, ist custodia die Verbindlichkeit den höchsten Fleiß auf die Schützung einer Sache gegen Untergang zu verwenden. Diese Annahme steht weder mit der gewöhnlichen Bedeutung dieses Wortes in Verbindung, noch hat sie irgend einen Grund für sich, indem alle Stellen, die zu ihrem Beweise angeführt werden, nur die Frage beantworten: wie wird es gehalten, wenn eine Sache zu Grunde gegangen ist? Gegen sich hat diese Meinung sehr Vieles. Erstens müsste nach ihr der Untergang der ganzen Sache, und die Deteriorationen, d. i. der Untergang eines oder mehrerer Theile derselben, verschieden behandelt werden. Zweytens gehörte die custodia als Verbindlichkeit zum höchsten Fleiße zur culpa levissima; als eine Verbindlichkeit, die jedem guten Hausvater obliegt, zur culpa levis: die omissio cu-

tia und custodia dem Grade nach verschieden? (S. 98 — 112.)

b. *Fr* 5. §. *fin. D.* 13. 6.

„..In vehiculo *commodato vel loca-*
„*to*.. esse verius ait, *et dolum, et*
„*culpam, et diligentiam, et custodiam*
„in totum me praestare debere."

Die Zusammenstellung mit dem Commodate, und die hier gebrauchten Ausdrücke sind sehr vollständig beweisend. Oder soll auch hier das Vorkommen des Wortes custodia alles entkräften? — Denn, daß es mit der Bemerkung, diligentia beziehe sich auf das Commodat, custodia auf die Miethe, ihrem Urhe-

stodiae wäre demnach culpa levis und levissima zugleich — und doch soll nach dieser Theorie die culpa levis von der levissima verschieden seyn... Drittens endlich ist in Fällen von Untergang die Rede, wo gar keine custodia prästirt wird. S. die folgende Abhandlung u. Fr. 31. §. 11. 12. D. 21. 1. umgekehrt wird bey bloßen Deteriorationen von omissio custodiae gesprochen. Fr. 29. 41. D. 19. 2. Die wahre Bedeutung von custodia ergiebt sich schon zum Theile aus dem oben S. 98. — 112. gesagten: mehreres davon unten.

Heidelb. Jahrb., Zweiter Heft 1 S. 71, 72

der Ernst sey, wird doch wohl Niemand behaupten wollen.

3. Auch der Pfandgläubiger haftet für das geringste Versehen, da er nach einer Stelle dieselbe culpa prästirt, wie der Commodatar (1), und nach zwey andern die diligentia eines diligens pater familias, d. i., wie ich oben (2) gezeigt habe, den höchsten Fleiß anwenden muß.

III. Die Beweise, welche man für die dreyfache Eintheilung von Culpa anführt, sind von doppelter Art. Erstens sollen die Ausdrücke culpa, diligentia und custodia nach ihren verschiedenen Zusätzen verschiedene Grade bezeichnen, so soll culpa levis weniger seyn als levissima, diligentia diligentis patris familias weniger als diligentia, quam diligentissimus paterfamilias rebus suis

(1) Fr. 13. §. 1. D. 13. 7. S. d. S. 90.

(2) *Fr.* 14. *pr. Fr.* 22. *D.* 13. 7. S. d. S. 91.

exhibet u. s. w. — Diese Behauptung kann nicht allein nie erwiesen werden, sondern ist erweislich falsch, da in demselben Falle die verschiedensten Ausdrücke gebraucht werden ([1]); da bey Geschäften, wo nach der ältern Theorie nur culpa levis prästirt werden kann, oft derselbe, ([2]) und oft ein größerer

(1) Z. B. 1.) §. 3. 14. *I.* 4. 3. *Fr.* 54. §. 2. *D.* 41. 1. *Fr.* 44. *pr.* *D.* 9. 2. S. o. S. 75. — 2.) *Fr.* 18. §. 1. *D.* 13. 6. *Fr.* 1. §. 4. *D.* 44. 7. §. 2. *I.* 3. 14. *Fr.* 5. §. 5. 15. *D.* 13. 6. *Fr.* 10. *D. eod. Fr.* 8. §. 3. *D.* 43. 26. §. 16. *I.* 4. 1. — 3.) C. 4. 11. 13. 21. C. 4. 35. — 4.) §. 1. I. 3. 27. C. 24. C. 4. 32. Fr. 11. 21. 32. D. 3. 5. — 5.) §. 4. I. 3. 14. Fr. 13. §. 1. Fr. 14. D. 13. 7. C. 19. C. 8. 14. C. 5. 6. 8. C. 4. 24. Fr. 5. §. 2. D. 13. 6. — 6.) Fr. 3. D. 18. 6. Fr. 11. 14. D. eod. Fr. 36. D. 19. 1. Fr. 18. §. 9. Fr. 38. pr. D. 39. 2. Fr. 68. D. 18. 1. Fr. 13. §. 16. D. 19. 1. Fr. 31. §. 12. D. 21. 1. §. 3. I. 3. 23. (24) Fr. 5. §. 2. D. 13. 6. Fr. 23. D. 50. 17. — 7.) Fr. 25. §. 7. D. 19. 2. §. 5. I. 3. 24. (25) Fr. 5. §. fin. 13. 6. Fr. 23. D. 50. 17. Fr. 3. §. 1. D. 4. 9. C. 28. C. 4. 65.

(2) Z. B. 1.) Fr. 18. §. 9. Fr. 38. pr. D. 39. 2. C. 24. C. 4. 32. — 2.) Fr. 31. §. 11. 12. D. 21. 1. C. 13. C. 4. 35. — 3.) Fr. 5. §. fin. D. 13. 6. — 4.) §. 14. 16. I. 4. 1. Fr. 12. pr. §. 2. Fr. 48. §. 4. Fr. 14. §. 16. D. 47. 2. 5.) Fr. 68. pr. D. 18. 1. Fr. 5. §. 2. D. 13. 6.

l 20 C. 2, 19
Paullus I. 4 §1

(¹) Fleiß geleistet werden müsste, wie bey solchen, wo man für die culpa levissima einstehen muß; da der größte Theil dieser Ausdrücke in unmittelbarem Gegensatze mit dolus und casus stehen, dem Grade nach folglich gar nicht verschieden seyn können, und die wenigen, wo dieses nicht der Fall ist, doch erweislich keinen höhern Grad bezeichnen; da endlich die Worte culpa, diligentia und custodia

(1) Z. B. 1.) §. 5. I. 3. 24. (25.) Fr. 5. §. 5. D. 13. 6. Fr. 14. §. 10. D. 47. 2. — 2.) Fr. 18. §. 9. Fr. 38. pr. D. 39. 2. Fr. 5. §. 2 D. 13. 6. Paulus II. 4. §. 3. 3.) Fr. 31. §. 11. 12. D. 21. 1. Fr. 8. §. 3. D. 43. 26. — Wie man sich in diesen Fällen zu helfen gewohnt war mag eine Stelle des P. Faber (*ad L.* 23. *de R.* I.), also gewiß keines schlechten Juristen, beweisen. Er erklärt Fr. 25. §. 7. D. 19. 2. §. 5. I. 3. 24. (25.) und Theophilus *III.* 24. §. 5. Bey dieser Gelegenheit sagt er: „In his igitur locis diligentissimus diligentem significat; ut vice versa diligens pro diligentissimo ponitur in *L.* 25. §. 16. *fam. ercis.*, et custodia diligens pro diligentissima in *L.* 5. §. 5. *D. Com.*, et exactum officium pro exactissimo secundum Johannis et Bulgari opinionem, quam probo, accipitur in *L.* 21. *C. mand.* Conductor *igitur* de dolo et levi culpa tantum tenetur.“

nach dieser Theorie gar nicht genügend erklärt werden können.

Zweytens soll eine dreyfache Eintheilung der Culpa in den folgenden Stellen enthalten seyn.

1. Fr. 1. §. 1. D. 11. 6.

Diese Stelle ist schon oben (S. 77.) weitläufig erklärt, und gezeigt worden, daß sie einen sehr bedeutenden Grund für unsere Meinung enthält.

2. *Fr.* 5. §. 2. 3. *D.* 13. 6. (*Ulpianus lib.* 28. *ad Edictum*).

„Nunc videndum est, quid veniat „in commodati actione: *utrum* „*dolus*, *an et culpa*, *an vero et* „*omne periculum?* Et quidem in contractibus interdum *dolum so-* „*lum*, interdum *et culpam* prae- „stamus: dolum, in deposito: „*nam*, *quia nulla utilitas ejus* „*versatur*, *apud quem deponi-*

„*tur*, *merito dolus praestatur* „*solus* ... *Sed ubi utriusque uti*- „*litas vertitur*, ut in emto, ut „in locato, ut in dote, ut in pig- „nore, ut in societate; *et dolus* „*et culpa* praestatur. *Commoda*- „*tum* autem *plerumque solam* „*utilitatem continet ejus*, *cui* „*commodatur*: *et ideo* verior est „Quinti Mucii sententia, existi- „mantis, *et culpam praestan*- „*dam*, *et diligentiam*. Et, si „forte res *aestimata* data sit, „*omne periculum* praestandum ab „eo, qui aestimationem se prae- „staturum recepit.“

Ulpian soll hier, nach der ältern Meinung, die Culpa in dolus, culpa und diligentia eintheilen, und nur die Prästation des ersten von dem Depositar verlangen, weil er keinen Vortheil aus dem Geschäfte ziehe, die der

zweyten bey dem Kaufe u. s. w., weil beyde Theile bey diesen Geschäften interessirt seyen, die der dritten nur von dem Commodatar, weil dieser Contrakt ihm allein Nutzen gewähre. — Unsere Stelle ist aus demselben Werke, ja aus demselben Buche dieses Werkes genommen, woraus das oben (1) angeführte Fragment exzerpirt ist, in welchem die Regel aufgestellt wird, daß auf den Umstand, ob beyde Theile Interesse bey dem Geschäfte haben, oder nur einer, gar keine Rücksicht zu nehmen sey. Die eben angegebene Erklärung ist daher gewiß im höchsten Grade unwahrscheinlich, und dies um so mehr, da beyde Stellen in Rücksicht ihrer Fassung die auffallendste Aehnlichkeit haben, und es sich bestimmt, aus Stellen desselben Ulpians, erweisen

(1) S. o. S. 119.

läßt (1), daß in einigen der zum zweyten aufgezählten Geschäfte auch diligentia prästirt wird.

Soll eine, selbst ohne Rücksicht auf die Gründe, welche für unsere Theorie sprechen, so sehr unwahrscheinliche Erklärung nicht ohne weiteres verworfen werden, so müssen sehr bedeutende Gründe dieselbe erheischen. Diese sind hier aber gar nicht vorhanden, da sich die Trennung des Commodates auf eine andere Weise sehr natürlich rechtfertigen

(1) 1. Vom Kaufe: *Fr.* 31. §. 11. 12. *D.* 21. 1. (*Ulpianus lib.* 1. *ad Edictum Aedilium curulium*) S. o. S. 79. Unter der culpa omnis in non faciendo, wovon doch offenbar in dieser Stelle gesprochen wird, ist doch wohl die diligentia begriffen. 2. von der locatio conductio: *Fr.* 5. §. *fin. D.* 13. 6. (*Ulpianus lib.* 28. *ad Edictum*) S. o. S. 131. 3. Von dem Pfande: *Fr.* 13. §. 1. *D.* 13. 7. (*Ulpianus lib.* 38. *ad Edictum*) S. o. S. 90. *Fr.* 22. §. 4. *D. eod.* (*Ulpianus lib.* 30. *ad Edictum*) S. o. S. 91. Ueberhaupt muß hier verglichen werden S. 104 — 110. u. S. 117. — 132. dieser Abhandlung.

läßt, wie schon anderswo gezeigt (1) worden ist.

Diese Stelle beweißt also nichts für die gewöhnliche Theorie: für die unserige beweißt sie dagegen sehr viel. Es wird hier die Frage aufgeworfen, ob der Commodatar dolus, ob er auch culpa, und ob er endlich den casus prästire? Culpa wird demnach dem casus und dem dolus entgegengesetzt, es kann daher keine culpa levissima geben, welche von dieser culpa getrennt wäre; die diligentia folglich, welche in der Folge ebenfalls dem casus entgegengesetzt

(1) In meiner Theorie der Culpa S. 47. 48. Hiermit kann noch die folgende Stelle verbunden werden: „*Commodati* judicio conventus *etiam culpam* praestare cogitur: *qui vero depositi* convenitur *de dolo*, *non etiam de culpa* condemnandus est: *commodati enim contractu*, *quia vel solius accipientis vel utriusque contrahentis utilitas intervenit*, *utrumque praestatur*: *in depositi vero*, *cum sola deponentis utilitas vertitur*, *ibi dolus tantum praestatur*.“ Coll. Leg. Mos. et Rom. *tit.* 10. §. 2. F. Hotmanus *Obs.* IV. 14.

wird, kann von dieser Culpa nicht dem Grade nach verschieden seyn, die Culpa wird also in zwey Grade, in dolus und culpa eingetheilt.

3. *Fr.* 23. *D.* 50. 17. (*Ulpianus lib.* 29. *ad Sabinum.*)

„*Contractus quidam dolum ma-*
„*lum dumtaxat recipiunt, qui-*
„*dam et dolum et culpam. Do-*
„*lum tantum*, depositum et
„precarium: *dolum et cul-*
„*pam*, mandatum, commoda-
„tum, venditum, pignori accep-
„tum, locatum: *item* dotis datio,
„tutelae, negotia gesta. *In his*
„*quidam et diligentiam*: socie-
„tas et rerum communio *et do-*
„*lum et culpam* recipit...“

Von dieser Stelle wird dieselbe Erklärung gegeben, wie von der vorigen, und auf diese der Beweis, daß die di-

ligentia von culpa dem Grade nach verschieden sey, gegründet: es lassen sich daher gegen dieselbe die nämlichen Zweifel erheben wie gegen diese; die auch hier dadurch verstärkt werden, daß eine Stelle aus demselben Buche den entgegengesetzten Grundsatz enthält ([1]). Es fragt sich demnach, ob in diesem Fragmente so wichtige Gründe für die gewöhnliche Erkläruug vorhanden sind, daß man einen Widerspruch desselben mit den sonst aufgestellten Grundsätzen, und des Verfassers mit sich selbst annehmen muß: dies glaube ich nicht, indem der Ausdruck quidam, der allerdings, wenn man die Stelle so ließt, wie ich sie hier habe abdrucken lassen, etwas sonderbar ist, doch auf keinen Fall so viel Bedeutung hat.

(1) Fr. 10. §. 1. D. 13. 6. S. v. S. 118.

Allein auch dieses Sonderbare verschwindet gänzlich, sobald man quidam in quedam, d. i. quaedam, verändert, und auf negotia gesta bezieht. Diese Veränderung ist sehr gering, und wird noch dadurch gerechtfertigt, daß in alten Manuscripten e und i sehr häufig verwechselt werden. Sie ist also völlig erlaubt, sobald es sich zeigen läßt, daß durch sie der Sinn dieser Stelle hergestellt wird.

Die actio negotiorum gestorum hat vorzüglich in drey Fällen statt 1.) Gegen denjenigen, der ein einzelnes Geschäft ohne Auftrag besorgt hat, 2.) Gegen den Curator. 3.) Gegen den, der als Tutor [1] (nicht für den

(1) Ich weiß, daß dieser Ausdruck hier nicht der richtige ist, obschon ich ihn der Kürze wegen gewählt habe. Ich will daher die Fälle jetzt angeben, welche ich hierher rechne. Hierher gehört 1.) der Fall, wo Jemand einem posthumus zum Tutor gegeben

Tutor) die negotia eines Pupillen gerirte. In dem ersten Falle wird diligentia ohne Zweifel prästirt (1); in den beyden übrigen aber nicht. Nicht von dem Curator, weil er in Rücksicht der gestio gar nicht von dem Tutor verschieden ist (2) also auch dieselbe Culpa prästirt: nicht von demjenigen, welcher als Tutor gerirte: weil hier der

worden. Gerirt dieser, so hat die actio tutelae auch wegen dieser gestio statt, wenn der Pupill gebohren wird: kommt ein todtes Kind zur Welt, so ist dieser Tutor actione negotiorum gestorum gehalten. Fr. 29. D. 3. 5. Fr. 19. §. 2. D. 26. 2. — 2.) Derjenige Tutor, der appellirt, kann in der Zwischenzeit administriren: wird seine Appellation angenommen, so ist er actione negotiorum gestorum gehalten.

(1) §. 1. I. 3. 27. S. o. S. 84. Fr. 32. D. 3. 5. Paulus I. 4. §. 1. S. o. S. 84. C. 24. C. 4. 32. S. o. S. 96. C. 20. C. 2. 19. S. o. S. 68. Diese Stellen können demnach oben ganz so benutzt werden, wie dies geschehen ist.

(2) S. den ersten Aufsatz in meinen Bruchstücken zur Berichtigung der Lehre von der Tutel.

Zufall, daß der gerens nicht Tutor wird, unmöglich seine Verbindlichkeit vergrößern kann. Es läßt sich daher von den negotiis gestis sehr gut sagen: quaedam diligentiam recipiunt: der Sinn unserer Stelle ist daher durch meine Emendation völlig hergestellt; dieselbe also richtig. Ich will jetzt noch zeigen, daß durch sie Zusammenhang in dieses Fragment gebracht wird, der sich nach keiner Erklärung in demselben findet.

Es ist offenbar Ulpians Absicht die verschiedenen Geschäfte in Rücksicht auf Culpa hier zu classificiren: diese erreicht er (die gewöhnliche Theorie und Erklärung angenommen), sehr schlecht; indem die Geschäfte, wo diligentia, und, wo keine diligentia prästirt wird, sehr bunt unter einander vorkommen: nach unserer Emendation hingegen ist in dieser Stelle die vollkommenste Ordnung.

nung. Zuerst werden die Geschäfte angegeben, wo nur dolus, dann die, wo culpa prästirt wird. Diese letztere werden in zwey verschiedenen Sätzen aufgezählt. In dem ersten diejenige, wo auch für diligentia [1], in dem zweyten die, wo für keine diligentia getet werden muß [2]. Da sich aber unter den letztern ein Geschäft befindet, wo auch die Verbindlichkeit zur Prästation der diligentia Regel seyn kann, die negotia gesta, so wird dieses durch die Parenthese: in his quaedam et diligentiam, angedeutet.

4. *Fr.* 47. §. 5. *D.* 30.

„*Culpa* autem qualiter sit aesti-
„manda, videamus: an non solum

(1) Meine Theorie der Culpa S. 48. 49. 163. — S. 160. — S. 150 — 60. — S. 149 — S. 148. und diese Schrift S. 121 — 132.

(2) Meine Theorie der Culpa S. 166 — S. 168. — S. 169. — S. 170.

„ea, *quae dolo proxima sit*, verum
„etiam, quae *levis* est: an num-
„quid et *diligentia* quoque exi-
„genda est ab herede? Quod ve-
„rius est.“

Diese Stelle ist die scheinbarste von allen: jedoch kann auch sie nichts gegen unser System beweisen, da sie sich aus demselben eben so gut, als aus dem ältern erklären läßt. Nach diesem sagt Ulpian, er wolle untersuchen, ob der Erbe nur für die qualis in suis rebus diligentia, oder ob er für jede positive schädliche Handlung; oder sogar für jede Unterlassung hafte. (S. 49. Not. 1.)

5. C. 19. *C.* 8. 14.

„*Sicut vim majorem* pignorum
„creditor praestare non habet ne-
„cesse: *ita dolum, et culpam, sed*
„*et custodiam* exhibere cogitur.“

Auch hier kann eine dreyfache Eintheilung zu Grunde liegen; allein dies ist

eben so wenig nothwendig, wie in der vorigen Stelle, da auch diese aus unserm System erklärt werden kann. Ohnehin spricht diese Constitution von einem Geschäfte, wo nach der gewöhnlichen Theorie nur culpa levis prästirt wird; sie beweißt daher eher gegen, als für dieselbe.

Außer diesen Gründen für die gegentheilige Meinung wird noch besonders gegen die unserige angeführt, daß der Tutor, der Mann in Hinsicht der dos, der socius und der Miterbe, welche doch alle zu keiner diligentia verbunden seyen, für culpa levis in non faciendo haften müßten. Eigentlich können alle diese Einwürfe hier noch nicht beantwortet werden, da die Bedeutung von culpa und diligentia noch nicht erwiesen worden ist: ich glaube jedoch keinen zu großen Fehler gegen die Methode zu begehen, wenn ich die beyden letztern [die ersten können wegen ihrem Umfange hier nicht abgehandelt werden (1)] jetzt beantworte.

(1) Ueber die dos siehe die Abhandlung V. 2. dieser

Schrift: Ueber die Tutel meine Bruchstücke zur Be-

1. Der Miterbe soll culpa levis in non faciendo prästiren.

*Fr.* 25. §. 18. *D.* 10. 2.

„Item *culpae nomine* tenetur, qui, „cum ante alios ipse adisset hereditatem, servitutes praediis hereditariis debitas *passus est non utendo* „*amitti.*“

d. i. Ferner soll der Miterbe für seine culpa stehen, wenn er die Servituten hat zu Grunde gehen lassen; d. i. er soll zum Ersatze verbunden seyn, wenn er sie hat culpa zu Grunde gehen lassen. Es wird also hier weder Etwas über die culpa bestimmt, noch dieses Wort im Gegensatze von dolus gebraucht: es kann daher hier jede Art von Culpa gemeint seyn (1), und es muß erst aus andern Stellen bestimmt wer-

richtigung der Lehre von der Tutel.

(1) Ebenso ist culpa, viele Fälle zu geschweigen, in der Seite 145. angeführten Stelle gebraucht, welche hier sehr gut zur Erläuterung gebraucht werden kann.

den, welche Unterlassungen des Miterben widerrechtlich, d. i. culpos sind. In dem §. 16. derselben Stelle steht aber, der Miterbe hafte für dolus, für culpa bis zum casus, und für qualis in suis rebus diligentia (1). Es kann demnach hier unter culpa die culpa levis in non faciendo nicht verstanden seyn.

2. Bedeutender scheint der Einwurf in Rücksicht des socius.

*Fr.* 52. §. 11. *D.* 17. 2.

„Si qui societatem *ad emendum* coie-
„rint, deinde res alterius *dolo vel*
„*culpa* emta non sit, pro socio esse
„actionem constat . . . .“

Allein, wenn wir auch zugeben wollen, was wir doch noch nicht nothwendig müssen (2),

(1) S. o. S. 71. Not. 2. und S. 87.

(2) Sowohl wegen der allgemeinen Bedeutung von Culpa, als in Hinsicht auf den Streit S. 49. Not. 1. Siehe z. B. die zweytfolgende Note.

daß hier unter culpa die culpa levis verstanden sey; so folgt hieraus noch gar nichts. Kann denn nicht bey einer Art der Societät, die ohnehin manches Eigene hat (1), ein Satz gelten, der bey diesem Geschäfte überhaupt nicht gültig ist? Daß der socius nur für culpa lata in non faciendo hafte, beweisen mehrere Stellen (2).

## II. Bedeutung der Worte culpa, diligentia und custodia.

Es ist jetzt erwiesen, daß die verschiedene Ausdrücke, mit welchen die verschiedene widerrechtliche

(1) Z. B. „Si in rem „certam *emendam* condu„cendamve coita sit socie„tas, tunc etiam post ali„cujus mortem quidquid „lucri detrimentive fac„tum sit, commune esse „Labeo ait. *Fr.* 65. §. 2. „*D.* 17. 2.

(2) Z. B. „Socius socio „etiam *culpae* nomine te„netur, *id est*, *desidiae at*„*que negligentiae* (d. i. für „widerrechtliche Unterlas„sungen). Culpa autem *non* „*ad exactissimam diligentiam* „dirigenda est: *sufficit etenim* „*talem diligentiam commu*„*nibus rebus adhibere*, *qua*„*lem suis rebus adhibere so*„*let* (d. i. er haftet, aber „nicht für die diligentia, „sondern nur für culpa la„ta)..." *Fr.* 72. *D.* „17. 2. §. *ult.* *I.* 3. 25.

nicht dolose Beschädigungen bezeichnet werden, keine verschiedene Grade der Culva anzeigen, und daß unter ihnen, allein culpa, diligentia und custodia, als technische Ausdrücke zu betrachten sind. Es ist nun noch übrig die Bedeutung dieser Worte anzugeben, oder vielmehr, die Richtigkeit der oben (S. 15.) gegebenen Erklärung zu beweisen. Dieses soll in den folgenden Blättern geschehen

Diese Untersuchung zerfällt in zwey Theile. Zuerst muß die Bedeutung von culpa im Gegensatze von diligentia und custodia, oder vielmehr, da diese beyde hier noch als Eins zu betrachten sind ([1]), im Gegensatze von diligentia aufgesucht werden. Hier wird es sich zeigen, daß unter culpa widerrechtliche positive Handlungen, also unter diligentia (oder richtiger unter der omissio diligentiae) widerrechtliche Unterlassungen verstanden werden; sodann ist zweytens das wechselseitige Verhältniß von diligentia und custodia zu bestimmen.

(1) S. o. S. 100.

Also erstens culpa im Gegensatze von diligentia. — Die Bedeutung dieses Wortes muß aus Stellen, über die Verhältnisse, in welchen, wie wir oben (1) gesehen haben, keine diligentia prästirt wird, entwickelt werden. Ehe ich zu dieser Erörterung schreite, sey es mir erlaubt hier noch eine Bemerkung einzuschalten.

Ich habe oben gezeigt, daß jede Culpa sich von der andern dem Grade und der Gattung nach unterscheide, und daß die Römer diese Verschiedenheit berücksichtigen (2). Da nun die Worte culpa und diligentia keine verschiedene Grade der Culpa bezeichnen, so folgt, daß sie verschiedene Gattungen derselben anzeigen. Die Frage demnach: Was hat culpa im Gegensatze von diligentia für eine Bedeutung? ist mit einer andern: Unter welchem dieser beyden Worte werden widerrechtliche positive Handlungen, und, unter welchem werden solche Unterlassungen verstanden? völlig gleichbedeutend. Soll diese letztere ohne Rücksicht auf den juristischen Sprachge-

(1) S. o. S. 61 — 66. (2) S. o. S. 9 — 13.

brauch beantwortet werden, so ist es deutlich, daß unter diligentia und custodia keine positive widerrechtliche Handlungen zu verstehen sind, daß vielmehr erst die Unterlassung von beyden als illegal betrachtet werden kann; daß also culpa, (das ohnehin schon mehr auf Handlungen hinzuweisen scheint, indem man wohl von der Begehung einer Culpa, nicht aber von der widerrechtlichen Unterlassung der culpa sprechen kann) von positiven Handlungen gebraucht werden muß.

Hiermit stimmt, wie ich glaube, der juristische Sprachgebrauch völlig überein, der jetzt aus den hierhergehörigen Stellen entwickelt werden soll.

Die Verhältnisse, wo culpa als Gegensatz von dolus, diligentia und casus prästirt wird, sind, wie wir oben gehört haben, die Lex Aquilia, die negotia stricti juris, welche auf ein dare gehen, und die Geschäfte in welchen für dolus, culpa et qualis in suis rebus diligentia gehaftet wird. Hier wird überall unter culpa Handlung, unter omissio diligentiae (wenn dies überhaupt vorkömmt) Unterlassung verstanden.

1. Bey der Lex Aquilia können unleugbar nur positive Handlungen culpos seyn, weil ohne Beziehung auf eine obligatio keine Verbindlichkeit zum Handeln, also auch keine widerrechtliche Unterlassung denkbar ist (1). Culpa bezeichnet demnach in dieser Lehre schädliche positive Thätigkeit. —

2. Dasselbe tritt bey den negotiis stricti juris ein, welche auf ein dare gehen. Bey allen negotiis stricti juris ist nur die Verbindlichkeit zur Vornahme derjenigen Handlungen vorhanden, welche unmittelbar versprochen worden sind; also in unserm Falle die Verbindlichkeit zur rechten Zeit zu tradiren, aber nicht die für die Erhaltung der Sache besondere Sorge zu tragen. Daher wird denn auch bestimmt gesagt, daß der promissor für sein factum (2), aber

(1) S. meine Theorie der Culpa §. 9. u. 15. und die vorliegende Schrift S. 10. 11.

(2) „Cum *facto* promissoris res in stipulatum deducta intercidit, *perinde agi ex stipulatu potest, ac si ea res extaret.*“ PAULUS V. 7. §. 4.

nicht für die culpa in non faciendo ([1]) einstehe.

3. Endlich bey den Geschäften, wo dolus, culpa, et qualis in suis rebus diligentia prästirt wird, finden wir culpa in derselben Bedeutung. Mit Uebergehung mehrerer Stellen, woraus sich dieses beweisen läßt, will ich hier nur auf einige der deutlichsten aufmerksam machen.

Der Miterbe haftet nach einer Stelle für alles was er dolo, et culpa gethan hat ([2]); nach einer andern steht er nicht für culpa levis in non faciendo ([3]). Er haftet also für alle culpose Handlungen; aber nicht für alle Unterlassungen: dieses wird in einer dritten so ausgedrückt: er prästirt dolus, culpa, et qualis

(1) „... Considerandum „est ... an *culpa*, quod ad „stipulationem attinet, *in* „*faciendo accipienda sit*, „*non in non faciendo? Quod* „magis probandum est; „*quia, qui dari promisit,* „*ad dandum, non ad facien-* „*dum, tenetur.*" *Fr.* 91. *pr. D.*45. 1. 16. §. 4. *D.*10. 2.

(2) Fr. 16. §. 4. D. 10. 2.

(3) Fr. 22. §. 3. D. 36. 1. S. o. S. 70, folg.

in suis rebus diligentia, nicht aber die diligentia eines diligens pater familias. ([1]) Kann wohl die culpa deutlicher auf positive Thätigkeit, die diligentia auf Unterlassungen bezogen werden, wie hier?

Ich glaube nicht, daß es nöthig seyn wird die Beziehung von diligentia und custodia auf Unterlassungen noch besonders zu erweisen, da mit der Bedeutung von culpa auch diese nothwendig erwiesen ist. Ich mache daher in der Note nur auf einige Stellen aufmerksam, wo beyde ohne Zweifel in diesem Sinne gebraucht werden ([2]). Wichtiger

(1) Fr. 25. §. 16. D. 10. 2. S. o. S. 71. Not. 2.

(2) Z. B. *Fr.* 1. §. 7. *Fr.* 2. D. 7. 9. „. Interdum „autem inerit proprietatis „aestimatio, si forte „fructuarius, *cum posset* „*usucapionem interpellare*, „*neglexit*; omnem enim rei „curam suscipit. Nam fructuarius *custodiam* praestare „debet." Fr. 68. pr. D. 18. 1. S. o. S. 83. Fr. 3. §. 5. D. 49. 14. S. o. S. 81. PAULUS I. 4. §. 1. S. o. S. 84. §. 1. I. 3. 27. (28) S. o. S. 84. Fr. 22. §. ult. D. 13. 7. S. o. S. 91. *Fr.* 18. §. 9. *Fr.* 38. *pr. D.* 39. 2. S. o. S. 122. THEOPHILUS IV. 1. §. 13. S. o. S. 104. Ja so ziemlich alle bisher angeführte Stellen.

wird es seyn einige Einwürfe zu widerlegen, und zu bestimmen, was hier unter positivem Handeln zu verstehen sey. Mit dem Letzten soll gleich der Anfang gemacht werden.

Zu den widerrechtlichen Handlungen müssen, wie ich glaube, alle widerrechtliche Beschädigungen gerechnet werden, welche unmittelbar oder mittelbar durch eine Handlung hervorgebracht worden sind: also nicht allein die widerrechtliche Tödung oder Verwundung eines Thiers, die Zerstörung einer Sache, sondern alle, auch aus völlig rechtlichen Handlungen, (welche jedoch der Handelnde gerade so vorzunehmen nicht besonders berechtigt war), mittelbar entstandene Beschädigungen, so lange nicht ein bloser Zufall, der weder vorgesehen, noch abgewendet werden konnte, die Ursache derselben ist. (1).

(1) „Si fornacarius ser„vus coloni ad fornacem ob„dormisset, et villa fuerit „exusta, Neratius scribit, „*ex locato* conventum prae„stare debere, *si negligens* „*in eligendis ministeriis fuit*. „Ceterum si alius ignem „subjecerit fornaci, alius „negligenter custodierit, an „tenebitur, qui subjecerit? „*nam, qui custodiit nihil*

Gegen diesen Satz wird folgende Stelle angeführt.

*Fr.* 57. *D.* 19. 2.

„Qui domum habebat, aream injun„ctam ei domui vicino proximo lo„caverat. Is vicinus, cum aedifica„ret in suo, terram in eam aream

„*fecit*, *qui recte ignem* „*subjecit*, *non peccavit.* „Quid ergo est? Puto *uti*„*lem competere actionem* „*tam in eum*, *qui ad forna*„*cem obdormivit*, *quam in* „*eum*, *qui negligenter cu*„*stodiit.* *Nec quisquam di*„*xerit in eo*, *qui obdormi*„*vit*, *rem eum humanam*, „*et naturalem passum*, *cum* „*deberet vel ignem exting*„*uere*, *vel ita munire*, *ne* „*evagetur.*" *Fr.* 27. §. 9. *D.* 9. 2. „In hac quoque „actione, quae ex hoc ca„pitulo oritur, *dolus et cul*„*pa* punitur. Ideoque si „quis in stipulam suam, „vel ds inam comburendae „ejus causa, ignem immi„serit, et ulterius evagatus, „et progressus ignis alie„nam segetem, vel vineam „laeserit, *requiramus*, *num* „*imperitia ejus*, *aut negli*„*gentia id accidit*: nam, „si die ventoso id fecit, „culpae reus est: *nam et* „*qui occasionem prae*„*stat*, *damnum fecisse* „*videtur.* In eodem cri„mine est, et qui non ob„servavit, ne ignis longius „procederet. *At si omnia* „*quae oportuit*, *observavit*: „*vel subita vis venti longi*„*us ignem* produxit, caret „culpa. *Fr.* 30. §. 3. *D.* *eod.*

„amplius, quam fundamenta caemen„ticia locatoris erant, congessit, et „ea terra adsiduis pluviis inundata, „ita parieti ejus qui locaverat, hu„more praestituto madefacto, aedi„ficia corruerunt. Labeo, *ex locato* „*tantummodo actionem esse ait*, „quia non ipsa congestio, sed humor „ex ea congestione postea damno fue„rit: *damni autem injuriae* „*actio ob ea ipsa sit, per quae, non* „*extrinsecus alia causa oblata, dam*„*no quis adfectus est.* Hoc probo."

Allein diese sagt nichts, als daß der Conductor in dem angegebenen Falle nicht actione Legis Aquiliae belangt werden könne. Bekanntlich gieng diese Klage nicht auf alle Fälle der schädlichen Thätigkeit, sondern nur auf diejenigen, wo unmittelbar einem Körper geschadet worden (1) in Rücksicht der übrigen Fälle hatte theils die actio Legis

(1) S. meine Theorie der Culpa S. 82. u. D. Godefroi in den Noten zu dieser Stelle.

Aquiliae utilis, theils actiones in factum statt. Diese Stelle, welche übrigens einen allgemein bekannten Satz enthält, beweißt also für das, was sie beweisen soll, gar nichts.

Die Einwürfe sind:

1. „Es würde eine unerklärliche Sonderbarkeit seyn, daß in der ganzen Contrakten Lehre die Grundsätze von der Leistung der Culpa principaliter erörtert würden; da doch, wenn man hierunter nur Versehen durch Handlungen begreifen wollte, deßfalls schon Alles in dem Titel ad Legem Aquiliam aufs genaueste erörtert und bestimmt worden wäre."

2. Culpa werde von widerrechtlichen positiven Handlungen und Unterlassungen (1); ja sogar bestimmt als Correlat von diligentia gebraucht (2): es könne also unmöglich allein auf schädliche Thätigkeit bezogen werden (3).

Beyde

(1) *Fr.* 91. *pr.* *D.* 45. 1.

(2) *Fr.* 32. *D.* 16. 3. *Fr.* 72. *D.* 17. 2. *Fr.* 68. *pr.* *D.* 18. 1. *Fr.* 25. §. 7. *D.* 19. 2.

(3) Jena'sche allgemeine Literaturzeitung 1807. Nro. 29.

Beyde Einwürfe gründen sich vorzüglich auf eine Verwechslung von culpa als Gattungswort mit der culpa als Gegensatz von dolus, casus und diligentia. — Was den ersten betrift, so gehört die Theorie der Culpa, d. i. der widerrechtlichen Beschädigungen keineswegs allein in den Titel ad Legem Aquiliam, sondern vielmehr hauptsächlich in die Lehre von den Verträgen; indem bey der Lex Aquilia in Hinsicht auf Culpa nur die Frage entstehen kann: ist ein Schaden aus einer Handlung, welche jemand nicht bestimmt so vorzunehmen berechtigt war, entstanden? Zur Beantwortung dieser Frage ist eine vollständige Kenntniß der Theorie der Culpa sehr überflüssig: wozu sollte sie dann bey der Lex Aquilia abgehandelt werden? — Der zweyte Einwurf ist vollständig wahr, aber leider! kein Einwurf; da die allgemeine Bedeutung von culpa diesen Sprachgebrauch völlig rechtfertigt: ohne Rücksicht auf diese aber culpa und diligentia nach der gewöhnlichen Theorie noch viel weniger Correlate seyn können, als nach der unserigen.

Der zweyte Gegenstand der vorliegenden Untersuchung war die Bestimmung des wechselseitigen

Verhältnisses zwischen diligentia und custodia. Dieses ist, wie ich glaube, sehr einfach. Die custodia ist ein Theil der diligentia, und hat die Bewahrung der Sache, welche Gegenstand des Geschäftes ist, zu ihrem Gegenstande. Diligentia im Gegensatze von custodia ist folglich der Theil der diligentia, welcher keine Bewahrung bezweckt. Diese Sätze sind schon oben (1), bey einer andern Gelegenheit, weitläufig ausgeführt worden, sie bedürfen demnach hier keiner besondern Auseinandersetzung: ich mache daher nur noch darauf aufmerksam, daß Theophilus (2) und eine Stelle aus einem alten Glossarium (3) die custodia eben so erklären, wie ich, und daß die Aeußerung eines Scholiasten der Basiliken (4) dieselbe Erklärung voraussetzt.

(1) S. o. S. 98—112.

(2) „Custodia est diligen„tissima et exactissima ser„vatio.“ THEOPHILUS *III*. 23. (24) §. 3.

(3) Custodia, ἡ ἀκριβεστατη και ὑπερβαλλουσα παραφυλακη — accuratissima et superabundans custodia. Bey BRISSONIUS *de V. S. v.* custodia. §. 1.

(4) S. die Vorrede zu meiner Theorie der Culpa.

# IV.

## Muß derjenige, welcher custodia prästirt, unbedingt für jedes furtum einstehen?

Diese Frage muß bejahend beantwortet werden: und zwar aus doppeltem Grunde: einmal, weil sich kein Fall denken läßt, wo eine Sache, welche custodirt wird, auf keine Art gegen heimliche Entwendung zu sichern gewesen wäre; und zweytens weil die Römer diese Verbindlichkeit unbedingt anerkennen. Was das Erste betrifft, so läßt es sich natürlich nicht erweisen: ebenso wenig wird jedoch das Gegentheil

erwiesen werden können, und dies ist uns hier gewiß hinreichend. Ich wenigstens habe bis jetzt noch keinen Fall gefunden, wo das furtum durch größere Sorgfalt nicht abzuwenden gewesen wäre: und kann mich noch nicht überzeugen, daß ohne den Ring des Gyges oder den Däumling der Mutter Drudein solcher möglich sey. Solche Fälle giebt es freylich, wo der Diebstahl in dem Augenblicke, wo er begangen wird, nicht wohl abgewendet werden kann, allein diese beweisen nichts, indem sie durch frühere Nachläßigkeit herbeygeführt sind, also doch allerdings zu verhindern waren.

Der Beweis, daß die Römer diese Verbindlichkeit anerkennen, beruht auf folgenden Gründen:

1. Der Eigenthümer, und derjenige, welcher seinen Besitz von ihm ableitet, können die actio furti anstellen, wenn sie dabey interessirt sind, daß die Sachen nicht gestohlen worden: sind sie hierbey nicht interessirt, so haben sie diese Klage nicht:

„Furti autem actio ei competit, *cu-*
„*jus interest rem salvam esse*, licet
„dominus non sit. *Itaque nec domi-*

„*no aliter competit*, *quam si ejus*
„*intersit*, *rem non perire.*“ (1)
„Is, cujus interest non subripi,
„furti actionem habet, *si et rem te-*
„*nuit domini voluntate*, id est, ve-
„luti is, cui res locata est....“ (2)

Als interessirt wird derjenige Nichteigenthümer betrachtet, welcher die custodia prästirt, sobald die Sache durch seine Nachläßigkeit entwendet worden ist: da er in diesem Falle dem Eigenthümer den durch den Diebstahl entstandenen Schaden ersetzen muß:

„An pater, cujus filio commodata
„res est, furti actionem habeat,
„quaeritur? Et Julianus ait, patrem
„hoc nomine agere *non* posse; *quia*
„*custodiam praestare non debeat:*
„sicuti, inquit, is qui pro eo, cui
„commodata res est, fidejussit, non
„habet furti actionem. Neque enim,

(1) §. 13. (15) *I.* 4. 1. (2) *Fr.* 85. *D.* 47. 2.

„inquit, is, cujuscunque intererit „rem non perire, habet furti actio„nem: *sed qui ob eam rem tenetur,* „*quod ea res culpa* (1) *ejus* „*perierit.* Quam sententiam Cel„sus quoque libro duodecimo dige„storum probat. (2)

Der Eigenthümer selbst kann jetzt diese Klage nicht anstellen, da er durch die Contraktsklage

(1) d. i. durch omissio custodiae. So wird gleich in dem folgenden §. culpa für custodia gebraucht: „Puto „eum etiam *culpam* praesta„re, *et ideo et furti age*„*re posse.*“ Diese Bedeutung von culpa läßt sich allerdings auf eine andere sehr bekannte zurückführen. Culpa als allgemeines Wort bezeichnet im Gegensatze von dolus jede nicht beabsichtigte Schadenszufügung; also auch die omissio custodiae: es kann demnach in Untersuchungen, wo nur von dieser gesprochen wird, mit custodia gleichbedeutend gebraucht werden.

(2) *Fr.* 14. §. 10. *D.* 47. 2. (*Ulpianus lib.* 29. *ad Sabinum*) Derselbe Satz ist in §. 12. eod. enthalten. Ich übergehe hier diese Stelle, weil sie erst unten vollständig erklärt werden kann.

völlig gedeckt ist (1), also kein Interesse mehr hat, daß die Sache nicht entwendet worden:

„Item si fullo polienda curandave, „aut sarcinator sarcienda vestimenta „mercede certa constituta acceperit, „*eamque furto amiserit: ipse furti* „*habet actionem, non dominus: quia* „*domini nihil interest eam rem non* „*perire, cum judicio locati a ful-*

(1) Von diesem Satze finden wir bey dem Pfande eine Ausnahme *Fr.* 12. §. 2. *D.* 47. 2. „Sed et si res „pignori data sit, credito„ri quoque damus furti „actionem .. nec non et ip„si domino dari placet, *et* „*sic fit, ut non teneatur* „*furti, et agat...*“ welche jedoch THEOPHILUS *ad* §. 14. *I.* 4. 1. nicht annimmt „Itaque merito ei actio „furti dabitur, et *non* mihi „domino: *ego enim adver*„*sus eum pigneratitiam habe*„*bo, ut, qui circa illius* „*custodiam fuerim negligen*„*tior.*“ Uebrigens sind beyde Stellen hier beweisend: die erste sagt: „und „so giebt es einen Fall, wo „jemand wegen dem fur„tum nicht gehalten ist, „und doch die actio furti „anstellen kann.“ Sie betrachtet demnach jenes als Bedingung von diesem. Die zweyte, indem sie dem debitor die Contraktsklage zuspricht, weil der creditor negligenter custodirt hat.

„*lone aut sarcinatore rem suam per-*
„*sequi possit* ([1]).

„Dedi fulloni poliendam, aut lotori „lavandam vestem, aut sarcinatori „sarciendam, statuto certo pretio: „facto furto ea periit: *fullo aut sar-* „*cinator potius furti actionem ha-* „*bebit, quam dominus: domini enim* „*non interest hanc rem periisse:* „*namque securus et indemnis est de* „*veste, cum adversus sarcinatorem* „*aut fullonem locati agere possit,* „*suamque rem repetere: sarcinator* „*autem vel fullo ideo furti agunt,* „*quia horum interest furtum factum* „*non esse...*" ([2])

„Quae de fullone et sarcinatore dixi-„mus, *eadem et ad eum cui commo-* „*data res est, transferenda vete-* „*res existimabant. Nam* ut ille fullo

(1) §. 15. (17) *I.* 4. 1. (2) THEOPHILUS *IV.* 1. §. 15.

„mercedem accipiendo, *custodiam*
„praestat: ita is quoque, qui com-
„modatum utendi causa accepit, *si-*
„*militer necesse habet custodiam*
„*praestare*....“ (1)

Ist die Sache ohne Schuld des Detinenten weggekommen, so hat der Eigenthümer keine Contraktsklage mehr, er ist folglich allein bey der Sache interessirt, er allein kann demnach die actio furti anstellen. Hieraus folgt, daß, wenn die Römer die Möglichkeit ein furtum zu verhindern anerkennen, zuweilen der custodiens, zuweilen der Eigenthümer zur Anstellung der actio furti berechtigt seyn müsse. Das Gegentheil hiervon liegt schon ziemlich deutlich in den angeführten

(1) §. 16. (18) I. 4. 1. In Rücksicht des Commodates hat dies, was uns gleichgültig ist, Justinian dahin geändert, daß der Commodans die Wahl hat, ob er actione commodati oder furti klagen will: daher das Imperfekt im Texte. Diese Veränderung beweißet eben so sehr, wie die Vergleichung in der abgedruckten Stelle, und das ausdrückliche Zeugniß des Theophilus: „Non „mihi domino, sed commo„datario furti actio daba„tur“ unsern Satz.

Stellen: ausdrücklich wird es uns von Ulpian in dem folgenden Fragmente gelehrt:

*Fr.* 12. *pr. D.* 47. 2. (*Ulpianus lib.* 29. *ad Sabinum*)

„Itaque fullo, qui curanda, polien-„da vestimenta accepit, *semper* agit: „*praestare enim custodiam debet*...."

Es folgt also, daß der fullo, weil er immer klagen kann, auch immer für das furtum einstehen muß. Die einzige Ausnahme hiervon, welche Ulpian so gleich hinzusetzt: „Si „autem solvendo non est, ad dominum ac-„tio redit: *nam, qui non habet, quod per-„dat, ejus periculo nihil est.*" (1)

(1) „...Fulloni vero et „sarcinatori *non aliter* furti „actionem competere pla-„cuit, *quam si solvendo* „*Sint: hoc est, si domi-„no rei aestimationem solve-„re possint.* Nam si sol-„vendo non sint: tunc, quia „ab eis suum dominus con-„sequi non possit, ipsi do-„mino furti competit actio; „*quia hoc casu ipsius inter-„est, rem salvam esse.* Idem „est, et si in partem solven-„do sint fullo, aut sar-„cinator." §. 15. (17) *I.* 4. 1. Ebenso Theophilus zu dieser Stelle. Also allein dann, wenn der fullo nicht bezahlen kann, hat der Ei-

dient mehr zur Bestätigung, als zur Widerlegung unseres Satzes.

2. Wirthe und Schiffer stehen unbedingt für jeden, auch ohne ihre Schuld entstandenen Schaden, so lange dieser durch keine vis major verursacht worden ist (1): sie haften daher für jedes furtum, und für jedes damnum injuria datum. Für das letzte stehen die Contrahenten, welche die custodia prästiren nicht immer ein, weil dasselbe nicht immer abwendbar ist (2):

genthümer Interesse; in den übrigen Fällen hat er keines. Der fullo haftet also für jedes furtum: es wird demnach angenommen, daß er jedes hätte abwenden können.

(1) „.. Hoc Edicto *omnimodo* qui recepit tenetur, „*etiamsi sine culpa ejus res* „*periit*, *vel damnum datum* „*est; nisi si quid damno fatali contingit.*" *Fr.* 3. §. 1. *D.* 4. 9. (*Nautae*, *caupones*, *stabularii.*)

(2) „Sed de damno ab „alio dato agi cum eo (qui „mercedem accepit pro cu„stodia *Fr.* 40. *D. eod.*) „non posse, Julianus ait; „*qua enim custodia consequi* „*potuit*, *ne damnum injuria* „*ab alio dari possit?* Sed „Marcellus interdum esse „posse ait, sive custodiri „potuit, ne damnum dare„tur, sive ipse custos dam„num dedit. Quae senten„tia Marcelli probanda est." *Fr.* 41. *D.* 19. 2. *Fr.* 19. *D.* 13. 6. *Fr.* 11. *D.* 18. 6. *Fr.* 29. *D.* 19. 2.

für das erste hingegen haften diese und die Wirthe auf gleiche Weise, wie dies theils aus der Vergleichung in den folgenden Stellen, theils aus dem völlig gleichen Sprachgebrauch, der in beyden Fällen beobachtet wird, (1) hervorgeht:

*Fr*. 5. *pr*. §. 1. *D*. 4. 9.

„Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt *non pro custodia*... „*et tamen custodiae nomine tenentur: nam et fullo et sarcinator non* „*pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae* „*nomine ex locato tenentur. Quaecunque de furto diximus,*

(1) Z. B. „Qui mercedem accepit *pro custodia* „alicujus rei (d. i. wer eine Sache für Geld zu „bewahren übernimmt) „*is hujus periculum custodiae* „*praestat*." *Fr*. 40. *D*. 19. 2. „Quod si receperit salvum fore caupo vel nauta! „*furti actionem* non dominus rei subreptae, sed ipse habet, *qui recipiendo* „*periculum custodiae subit*." *Fr. un*. §. 4. *D*. 47. 5. S. auch die vorige Note, und das unter Nro. 1. Ausgeführte.

„eadem et de damno debent intelligi:
„non enim dubitari oportet, quin is,
„*qui salvum fore recepit, non so-*
„*lum a furto, sed etiam a dam-*
„*no recedere videatur.*" (1)

*Fr.* 14. §. 17. *D.* 47. 2. (*Ulpianus lib.* 29. *ad Sabinum*)

„..Et ideo quaeri potest, an etiam
„is, cui data est perferenda (episto-
„la), furti agere possit? Et, *si cu-*

(1) Der Zusammenhang dieser Stelle ist folgender: Gajus hatte zuerst die Frage abgehandelt, ob der Wirth rc. unbedingt für das furtum einstehe: diese Frage wird auch in den vorhergehenden Fragmenten des Pandekten Titels beantwortet; und der Schluß aus Gajus sehr passend hinzugefügt. Hier vergleicht der Jurist den nauta und fullo. Im §. 1. geht er zur Beantwortung der Frage über: wie der Wirth für das damnum injuria datum hafte? Hier finden wir nicht allein keine Vergleichung, im Gegentheil zeigt vielmehr der Schluß derselben, daß keine möglich ist: was sich ohnehin aus den in der vorletzten Note angeführten Fragmenten beweisen läßt. — Hieraus muß das, was ich in meiner Theorie der Culpa S. 198. gesagt habe, berichtigt werden.

„*stodia* ejus ad eum pertineat, pot-
„est ... *Et erit in hunc casum si-*
„*milis causa ejus, et cauponis, aut*
„*magistri navis. Nam his damus*
„*furti actionem, si sint solvendo:*
„*quoniam* p e r i c u l u m *rerum ad*
„*eos pertinet.*“

Es folgt also, daß auch der custodiens unbedingt für j e d e s furtum, so gut, wie die Wirthe und Schiffer, einstehen muß.

3. Der Ausdruck res periculo meo subripitur kann keine andere Bedeutung haben, als: wenn die Sache gestohlen wird, so ist dies mein Schaden. Dies folgt schon aus der Bedeutung von periculum und wird, vieler andern nicht zu gedenken, durch die zuletzt im Texte und in der vorletzten Note zum zweyten angeführte Stelle bewiesen.

Dieser Ausdruck wird mit custodiam praestare debeo völlig synonim gebraucht, und dieses periculum ganz auf dieselbe Weise als Bedingung der actio furti betrachtet:

„.. Puto omnibus, quorum *periculo*
„res alienae sunt, *veluti commoda-*

„*tae, item locatae, pignorisve no-*
„*mine acceptae, si hae subrep-*
„*tae sint, omnibus furti ac-*
„*tionem competere...*" (1)

Es gereicht also der Diebstahl zum Nachtheile desjenigen, welcher custodia prästirt; und zwar immer, wie auch aus dieser Verbindung hervorgeht.

Ich glaube jetzt meine Behauptung genügend bewiesen zu haben, und daher keinen Vorwurf befürchten zu dürfen, wenn ich die übrigen Beweise zum Theile übergehe, zum Theile mit der Widerlegung, der gegen meine Meinung angeführten Gründe, verwebe. Ehe ich zu dieser übergehe sey es mir

(1) Fr. 14. §. 16. D. 47. 2. (*Ulpianus lib.* 29. *ad Sabinum*) — „Item certum est tam res nostras, „quam res alienas, *quae tamen* „*periculo nostro sunt*, in hanc „actionem deduci: *veluti* „*commodatas et locatas*. Certe *depositae apud nos res*, „*quia nostro periculo non* „*sunt*, ad hanc actionem „non pertinent." *Fr.* 13. §. 1. *D.* 40. 12. — *Fr.* 12. *pr. Fr.* 14. §. 3. 4. 17. *D.* 47. 2. *Fr.* 1. §. 4. *D.* 47. 5. *Fr* 14. §. 1. *D.* 18. 6. *Fr.* 47. §. 1. *D.* 10. 2. *Fr.* 4. *pr. D.* 4. 9. *Fr.* 5. §. 13. 14. *Fr.* 10. §. 1. *D.* 13. 6. *Fr.* 2. §. 22 — 24. *D.* 47. 8.

erlaubt einige Stellen von Cujas, Faber und Giffen anzuführen, welche mir, nebst mehreren Andern ([1]), schon vor einigen hundert Jahren den Gefallen gethan haben, hierin meiner Meinung zu seyn.

Der erste sagt: „Si quis rem mihi commo-„datam subripuerit, eo nomine teneor commo-„dati actione ei, qui commodavit: *quia, si di-„ligens fuissem, non fuisset ea res mihi subrep-„ta.* Nec enim furtum adnumeratur his casi-„bus, quibus resisti non potest, quos commo-„datarius praestare non solet ([2]). *Denique* „*diligenti*

(1) Z. B. Duaren (*ad Tit. Naut. caup. stab.*) „... Furtum diligentissimus „vir potuisset vitare.“

(2) „*Damna, quae im-„prudentibus accidunt, hoc est,* „*damna fatalia, socii non co-„gentur praestare:* ideoque, „si pecus *aestimatum* datum „sit, et id *latrocinio aut* „*incendio* perierit, commu-„ne damnum est, si nihil „dolo aut culpa acciderit „ejus, qui *aestimatum* pe-„cus acceperit: *quodsi a* „*furibus subreptum sit,* „*proprium ejus detrimentum* „*est; quia custodiam* „*praestare debuit, qui ae-„stimatum accepit....*“ *Fr.* 52. §. 3. *D.* 17. 2. „Sed et ipsi nautae *furti* „*actio* competit, cujus (res) „sit *periculo* ...“ *Fr.* 4. *pr.* *D.* 4. 9.

„*diligenti patri familias nunquam furtum* „*fit*... *latrocinii*, *depraedationis*, *abigeatus* „*alia causa est.*" ([1])

Der zweyte: „Furta, ut et *Accursius* tra- „dit ([2]), inter casus majores non recensentur, „quamvis inter damna numerentur ([3]): *quip-* „*pe*, *quoniam a diligente patre familias ipsa* „*praecaveri et impediri queunt.* Ideoque socii, „qui praestare non coguntur damna fatalia, „quia tamen custodiam praestare debent (daß „dieser Satz nur dann wahr ist, wenn denselben die „gemeinschaftliche Sache geschätzt übergeben worden, „ist gleichgültig), si quid subreptum a furibus „fuerit, proprium ipsorum detrimentum est ([4]). „Idemque, cum perfecta emtione *periculum* ad „emtorem respiciat ([5]), materia tamen emta,

(1) Cujacius *ad Africanum VIII. ad L.* 21. *Commod.* (*Edit. Colon.* 1588 *in* 8*vo. p.* 424. *Francof.* 1595. *fol. p.* 529.)

(2) Glossa *ad L.* 3. §. 1. *D. naut. caup. stab.* (4. 9.)

(3) *Fr.* 30. *D.* 35. 2.

(4) *Fr.* 52. §. 3. *D.* 17. 2. S. o. S. 176. Not. 2.

(5) *Fr.* 8. *pr. D.* 18. 6. (*Paulus lib.* 33. *ad Edic-*

„si nondum tradita furto perierit, venditoris „est periculum (1). *Vix enim est, ut sine possessoris, aut ipsius hominum culpa furtum committatur: quod de latrocinio, vel rapina similiter dici non potest.*" (2)

Der dritte: „Quaero, an furtum praestet „commodatarius? Et certum est praestari, „*quia furtum non fit, nisi negligentibus* (3), „*nec est casus fortuitus.*" (4) Und anderswo:

*tum*) „Necessario sciendum „est, quando perfecta sit „emtio: tunc enim sciemus, „cujus *periculum* sit. *Nam* „*perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet.*"

(1) *Fr.* 14. §. 1. *D.* 18. 6. (*Paulus lib.* 3. *epit. Alfeni Dig.*) „Materia emta, „si *furto* periisset, *postquam* tradita esset, *emtoris esse periculo*, respondit: *si minus, venditoris*..."

(2) P. Faber *ad L.* 23. *de R. I.* (*in Commentar. ad Tit. de R. I.* Paris. 1585. p. 109.) der ältere Matthäi (*ad L.* 23. *cit. in Colleg. fundament. juris.* Diss. 20. Nro. 34.), der ihn ziemlich benutzt hat, sagt zu dem Worte *rapinae*: „Furti non „meminit, *praevideri enim* „*a diligentissimo patre familias potest.*"

(3) *Fr.* 52. §. 3. *D.* 17. 2. *Fr.* 21. *D.* 13. 6. Coll. Leg. Mos. et Rom. *tit* 10. §. 2.

(4) Giphanius *ad* §. 2. *I.* 3. 14. (15.) *in Commentar. ad Inst. Francof.* 1606. p. 285.

„Ait in hoc contractu (dem Pfande) praestari „dolum et culpam, casum non item, *ut, si creditori pignus furto est ereptum, teneatur, quia culpa subest* (1): *si per vim aut rapinam, non teneatur, quia casus est.*“ (2)

Ich gehe jetzt zu der Prüfung der gegentheiligen Gründe über. Diese würden sehr bedeutend seyn, wenn ihre Richtigkeit nur erwiesen werden könnte. Man behauptet nichts Geringeres, als, daß bey vier Geschäften, dem Commodate, der Miethe, dem Pfande und dem Kaufe, custodia prästirt, aber, auch in Rücksicht der Sachen, welche custodirt werden, nicht für jede heimliche Entwendung gehaftet werde. Ich gehe die, zum Beweise dieser Sätze angeführten Stellen, nach der Ordnung, welche durch die Aufzählung der Contrakte bestimmt worden ist, einzeln durch.

1. Der Commodatar soll nicht für jedes furtum einstehen.

(1) *Fr.* 13. §. 1. *Fr.* 14. *D.* 13. 7. *C.* 7. *C.* 4. 24. *C.* 19. *C.* 8. 14. *Fr.* 23. *D.* 50. 17.

(2) GIPHANIUS *ad* §. 4. *I.* 3. 14. (15). *l. c. p.* 286.

*Fr.* 14. §. 10. *D.* 47. 2. (*Ulpianus lib* 29. *ad Sabinum*)

Diese Stelle, welche schon oben angeführt worden ist ([1]), sagt weiter nichts, als, daß nicht jeder, welcher durch das furtum Schaden leidet, die actio furti anstellen könne; sondern nur derjenige, welcher dem Eigenthümer zum Ersatze verbunden ist, weil die Sache wegen seiner omissio custodiae gestohlen worden, d. i. derjenige, welcher custodia prästirt. Sie enthält also nichts als einen allgemein bekannten Satz, der so wenig mit unserer Theorie im Widerspruche steht, daß auch wir bey der Beantwortung der Frage, wer zur Anstellung der actio furti berechtigt sey, von demselben ausgehen müssen. Nur dann könnte dieses Fragment etwas beweisen, wenn es ausgemacht wäre, daß die Römer an die Möglichkeit eines unabwendbaren furtum geglaubt hätten d. i. wenn die Unrichtigkeit unserer Meinung schon erwiesen wäre. Es zum Beweise derselben zu gebrauchen, ist ein offenbarer Cirkel.

(1) S. o. S. 165. 166.

2. Dasselbe soll von dem **Miether** gesagt werden:

*Fr.* 14. §. 12. *D.* 47. 2. (*Ulpianus lib.* 29. *ad Sabinum*).

„Quod si conduxerit quis, habebit „furti actionem, *si modo culpa* (1) „*ejus subrepta sit res.*"

Dieses Fragment ist mit dem vorigen, und mehreren oben zum Beweise meiner Meinung angeführten Stellen (2) aus demselben Buche des **Ulpian** zum **Sabinus**. Es ist also gewiß in sehr hohem Grade unwahrscheinlich, daß es mit denselben im Widerspruche stehe. Das Gegentheil läßt sich sehr leicht zeigen.

Es giebt zwey Fälle, wo eine Sache ohne Unterlassung der custodia gestohlen werden kann. **Einmal**, wenn sie gar nicht custo-

(1) d. i. durch omissio custodiae: S. o. S. 166. Not. 1.

(2) *Fr.* 12. *pr. D.* 47. 2. S. o. S. 170. *Fr.* 14. §. 17. *D. eod.* S. o. S. 173. *Fr.* 14. §. 16. *D. eod.* S. o. S. 174. *Fr.* 5. §. 13. 14. *Fr.* 10. §. 1. *D.* 13. 6. *Fr.* 14. §. 3. 4. *D.* 47. 2.

dirt ([1]) und zweytens, wenn sie nicht durch ein einfaches furtum, sondern durch Einsteigen, oder Einbrechen entwendet wird. ([2]) In beyden Fällen steht der custo-

(1) „Idem scribit, si, „cum mihi decem deberen- „tur, *servus* pignori datus „subtractus sit, *si actione* „*furti consecutus fuero de-* „*cem, non competere mihi* „*furti actionem, si iterum* „*subripiatur; quia desiit mea* „*interesse*, cum semel sim „consecutus. Hoc ita, *si si-* „*ne culpa mea, subripiatur:* „*nam si culpa mea, quia inter-* „*est, eo quod teneor pignorati-* „*tia actione, agere potero.* „Quod si *culpa* abest, *sine du-* „*bio domino competere actio vi-* „*detur, quae creditori non* „*competit.* Quam senten- „tiam Pomponius quoque „libro decimo ad Sabinum „probat.“ *Fr.* 14. §. 6. *D.* 47. 2. — (Aus dieser Stelle muß S. 167. Not. 1. berichtigt werden.) „Si a bonae „fidei possessore *fugerit* (d. „i., wenn er ein furtum an „sich selbst begangen hat) „servus, requiremus, an ta- „lis fuerit, ut et custodiri „debuerit: nam si integrae „opinionis videbatur, *ut* „*non debuerit custodiri*, ab- „solvendus est possessor... „*Si vero custodiendus fuit*, „etiam ipsius nomine dam- „nari debebit...“ *Fr.* 21. *D.* 6. 1. „..Culpae autem „reus est possessor..., qui „*fugitivum* a se petitum „non custodit, si is fu- „git..“ *Fr.* 36. §. 1. *D.* eod. — *Fr.* 23. *D.* 50. 17. *Fr.* 5. §. 6. *D.* 13. 6. u. a. m.

(2) „Dominus horreo- „rum periculum vis ma- „joris, vel *effracturae* „praestare non cogitur. „*His cessantibus*, si

diens nicht für das furtum, wenn ihm keine besondere Schuld zur Last fällt; er kann demnach auch die actio furti nicht anstellen. In Beziehung auf diese Fälle (welche auch nach unserer Meinung ausgenommen sind, weil bey beyden eine der beyden Voraussetzungen, die Verbindlichkeit zur Prästation der custodia, oder das nicht qualificirte furtum, fehlt) kann der Zusatz si modo culpa sehr wohl verstanden werden, ohne daß wir gezwungen sind anzunehmen, daß die Römer die Möglichkeit, ein gewöhnliches furtum abzuwenden, nicht unbedingt angenommen hätten: er enthält folglich keinen Beweis für die gegentheilige Meinung:

3. Auch bey dem **Pfande** soll die Möglichkeit einer Entwendung ohne Nachläßigkeit des Pfandgläubiger anerkannt werden:

*C.* 5. *C.* 4. 24.

„Si creditor *sine vitio suo* argentum „pignori datum *perdiderit*, restitu-

„*quid ex depositis rebus*, „*illaesis extrinsecus* „*horreis perierit, damnum* „*depositorum sarciri debet.*“ Coll. Leg. Mos. et Rom. *Tit.* 10, §. 9. *C.* 1. *C.* 4. 65.

„ere id non cogitur: sed *si culpae* „*reus deprehenditur*, vel non pro- „bat manifestis rationibus se perdi- „disse, quanti debitoris interest, „condemnari debet.“

*C. 8. C. eod.*

„*Si nulla culpa seu segnitia* creditori „imputari potest: pignorum *amis-* „*sorum* dispendium ad *periculum* „ejus minime pertinet..“

Allein wer sagt uns, daß diese Stellen nur von dem furtum reden? wie dieses doch vorausgesetzt werden muß, wenn sie überhaupt etwas beweisen sollen. In ihnen selbst liegt wenigstens hiervon nicht die geringste Spur. Die Ausdrücke, perdere, amittere [1], können ebensogut hiervon, wie von jedem andern Verluste, namentlich vom Einbruch und Raube gebraucht werden. Die Regel ferner, si non probat manifestis rationibus se perdidisse, quan-

(1) §. 4. I. 3. 14 (15) §. 5. I. 3 24. (25). u. a. m.

ti debitoris interest, condemnari debet, giebt uns hierzu eben so wenig einen Grund; obschon man gerade dieses hat behaupten wollen. Diese Regel gilt ganz allgemein. Jeder, der eine fremde Sache in Besitz hatte, muß nothwendig, wenn er sie nicht mehr besitzt, beweisen, daß er sie verlohren, und daß er sie ohne seine Schuld verlohren hat, d. i., ohne Vernachläßigung des Fleißes, den er nach der Natur des Geschäftes auf dieselbe verwenden mußte.

4. Bey dem Kaufe endlich finden sich allerdings Stellen, nach welchen der Verkäufer nicht für jedes furtum einsteht. Diese beweisen nichts; indem nach der Meinung der Verfasser derselben der venditor erweislich, nur für culpa lata in custodiendo, nicht für custodia haftet, d. i., custodiendis rebus talem diligentiam adhibere debet, qualem suis rebus ex fide bona praestat. In andern Stellen, deren Verfasser ihn auch zur custodia verbunden glauben, wird allerdings die Verbindlichkeit, unbedingt für das furtum einzustehen, anerkannt.

Erstens. Nach der Meinung von Paulus (1) und Neratius haftet der venditor für jeden durch Diebstahl entstandenen Schaden:

*Fr.* 14. §. 1. *D.* 18. 6. (*Paulus lib.* 3. *epit. Alfeni Dig.*).

„Materia emta, *si furto periisset*, „*postquam* tradita esset, *emtoris* „*esse periculo* (2), respondit: *si* „*minus* (d. i. vor der Tradition), „*venditoris*....“

(1) *Fr.* 36. *D.* 19. 1. (*Paulus lib.* 7. *ad Plautium*) „*Venditor* domus, „antequam eam tradat... „*custodiam et diligentiam* „praestare debet...“ *Fr.* 18. §. 9. *D.* 39. 2. (*Paulus lib.* 48. *ad Edictum*) „..dum venditoris custodia „est (so lange der venditor die Sache noch unter „seinem Gewahrsam, seiner Aufsicht hat) is stipulari debet, *omnemque* „*diligentiam* emtori praestare..“ *Fr.* 38. *pr. D. eod.* (*Paulus lib.* 10. *ad Sabinum*) „...Venditor *omnem diligentiam* ei (emtori) praestare debet..“ *Fr.* 3. *D.* 18. 6. (*Paulus lib.* 5. *ad Sabinum*) *Custodi*„*am* autem *venditor ta*„*lem* praestare debet, *quam* „*praestant hi, quibus res* „*commodata est; ut diligen*„*tiam praestet exactiorem,* „*quam in suis rebus adhibe*„*ret.*“

(2) S. o. S. 174. und S. 177. 178.

*Fr.* 31. *pr. D.* 19. 1. (*Neratius lib.* 3. *Membranarum.*)

„Si ea res, quam *ex emto* praestare „debebam, *vi* mihi ademta fuerit, „*quamvis eam custodire de-* „*buerim*, tamen propius est, *ut* „*nihil amplius*, quam actiones per- „sequendae ejus praestari a me em- „tori oporteat; *quia custodia* „*adversus vim parum profi-* „*cit*. Actiones autem eas non solum „arbitrio, sed etiam periculo tuo „tibi praestare debebo, ut omne lu- „crum ac dispendium te sequatur."

Der Venditor soll also nur deßwegen nicht gehalten seyn, quia custodia adversus vim parum proficit: er ist also in allen Fällen gehalten, wo durch custodia der Schaden hätte abgewendet werden können (1); er haftet dem-

(1) „... Si *sine culpa* „desiit detinere venditor, „*actiones suas praestare de-* „*bebit*, *non rem*.." Fr. 21. D. 18. 4. (*Paulus lib.* 16. *Qaestion.*)

nach (da, wie bisher bewiesen worden, und worauf auch diese Stelle hinzuweisen scheint, jedes furtum durch sorgfältigere custodia zu verhindern gewesen wäre) für jeden durch Diebstahl entstandenen Schaden: er würde folglich in dem Falle, daß die Sache gestohlen worden, durch die Ceßion der Klagen, wie hier, nicht loßkommen, sondern unbedingt ersetzen müssen; ohne Rücksicht, ob er von dem fur seine Entschädigung erhalten könne oder nicht.

Zweytens. Nach der Meinung von Gajus, Ulpian und der Institutionen haftet der Verkäufer für keine custodia (1).

(1) Für diligentia im Gegensatze von custodia haftet er allerdings *Fr.* 31. §. 11. 12. *D.* 21. 1. (*Ulpian lib.* 1. *ad Ed. aedil. cur.*) „Si mancipium, „quod redhiberi oportet, „mortuum erit, hoc quae„ritur, numquid *culpa* em„toris, vel familiae ejus, „vel procuratoris homo de„mortuus sit? *Nam si cul„pa ejus decessit*, pro vivo „habendus est, et praestan„tur omnia, quae prae„starentur, si viveret. *Cul„pam omnem* accipiemus, „non utique latam: prop„ter quod dicendum est, „*quamcunque occasionem* „emtor morti praestitit, de„bere eum teneri: etiam, *si* „*non adhibuit* medicum, ut „sanari possit, vel malum

*Fr.* 35. §. 4. *D.* 18. 1. (*Gajus lib.* 10. *ad Edictum prov*).

„Si res vendita per furtum perierit, „prius animadvertendum erit, *quid* „*inter eos de custodia rei convenerat.* „Si nihil appareat convenisse, talis cu„stodia desideranda est a venditore, „qualem bonus pater familias suis „rebus adhibet. Quam si praestitit, „et tamen rem perdidit, securus esse „debet: *ut tamen scilicet vindicatio*„*nem rei, et condictionem exhibeat* „*emtori....*"

„adhibuit, sed culpa sua." Diese Stelle spricht von einem Falle, wo keine custodia zu prästiren war; oder wenigstens, wo diese Verbindlichkeit nicht in Frage kam. Hier sagt Ulpian ganz allgemein *culpam omnem* praestare debet. Unter dieser culpa omnis ist doch wohl auch die omissio diligentiae begriffen: wie dies sowohl der Ausdruck, wie der ganze Inhalt der Stelle zeigt. S. auch *Fr.* 13. §. 16. *D.* 19. 1. (*Ulpianus lib.* 32. *ad Edictum*) In dem in dieser Stelle vorgetragenen Falle ist weder culpa in faciendo, noch omissio custodiae möglich: sie ist daher für unsern Satz streng beweisend.

*Fr.* 14. *pr. D.* 47. 2. (*Ulpianus lib.* 29. *ad Sabinum*).

„Eum qui emit, si non tradita est ei „res, furti actionem non habere, sed „adhuc venditoris esse hanc actionem, „Celsus scripsit. *Mandare eum „plane oportebit emtori furti actionem, et condictionem, „et vindicationem: et si quid „ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare „eum emtori oportebit.* Quae „sententia vera est: et ita et Julia„nus. Et sane *periculum* rei ad „emtorem pertinet: dummodo cu„stodiam venditor ante traditionem „praestet.

§. 3. *Inst.* 3. 23. (24.) [1]

„... Quidquid enim *sine dolo et culpa* „venditoris accidit, in eo venditor

(1) Die beste Erläuterung dieser Stelle findet sich bey Theophilus. Nach dem dieser gerade

„ securus est.... Quod si *fugerit* ho-„mo, qui vaeniit, *aut subreptus fue-„rit, ita ut neque dolus, neque cul-„pa venditoris interveniat, ani-„madvertendum erit,* an cu-

wie in den Institutionen eine Menge Arten der Beschädigung und des Untergangs aufgezählt hat, fährt er fort: „..In universum enim scito, si „quid *extra dolum et negli-„gentiam* venditoris rei ac-„ciderit, venditorem secu-„rum fore... Si autem „ante traditionem *fugerit* „servus venditus, aut etiam „ab aliquo *subreptus* sit, „ita, *ut nec dolus, nec ne-„gligentia* venditoris his in „rebus argui possit, videa-„mus, an venditor inde „damnum debeat pati? at-„que *sic distinguendum est:* „siquidem venditor *custodi-„am* servi venditi in se re-„cepit ad traditionem usque, „*custodiam debet* (*est* „*autem custodia dili-„gentissima, et exac-„tissima servatio*); *et* „*ipse damnum inde prove-„niens agnoscet*: idemque „et in ceteris animantibus, „veluti equo, asino, came-„lo, et quaecunque hujus-„modi sunt, et in reliquis „rebus intelligimus. *Si* „*autem custodiam non* „*suscepit, haud tenetur.* „*Hoc vero solum* debet „venditor, *cedere* emtori „actionem in rem ad vindica-„tionem rei venditae, nec „non condictionem, quia „ipse adhuc venditor est „dominus, quippe re non-„dum tradita: sed et „actionem furti cedet ad-„versus eos, qui subripue-„rint, et Aquilianam adver-„sus eos, qui rei venditae „nocuerint."

„*stodiam ejus usque ad traditionem* „*venditor susceperit.* Sane enim, „*si susceperit, ad ipsius pericu-* „*lum is casus* (diese Begebenheit) „*pertinet: si non suscepit,* „*securus est. Idem et in ceteris ani-* „*malibus, ceterisque rebus intelli-* „*gimus. Utique tamen vindicatio-* „*nem rei et condictionem exhibere* „*debebit emtori:* quia sane, qui „nondum rem emtori tradidit, „adhuc ipse dominus est. Idem etiam „est de furti et de damni injuriae ac- „tione.“

In der ersten und letzten Stelle und bey Theophilus wird die Frage beantwortet, wie der venditor die verkaufte Sache bewahren müsse (denn daß hier, wie in vielen andern Stellen (1), custodia nicht technisch gebraucht werde, zeigt doch wohl der Zusammenhang)

(1) S. o. S. 111. Not. 1.

hang). Hier wird unterschieden, ob er die custodia übernommen habe, oder nicht. Auf den Fall, daß er dieses nicht gethan hat, wird ihm nur die Verbindlichkeit zur Cession der Klage aufgelegt ([1]), wenn er sich keiner besondern Culpa schuldig gemacht, d. i., die Sachen nicht nachläßiger, wie seine eigene, bewahrt, oder durch sein Betragen die Flucht der Sklaven veranlaßt hat. Mit dieser Cession soll er nicht loß kommen, wenn er die custodia übernommen hat. Hieraus folgt, daß der Verkäufer, wenn er sich nicht zur custodia verbindlich gemacht hat, dieselbe auch nicht prästire.

Für dieses liefern die Institutionen Stelle und Theophilus noch einen neuen Beweis. Diese handeln die aufgeworfene Frage zuerst nur in Beziehung auf den Sklaven, ab in Rücksicht dessen in keinem Verhältnisse in der

(1) S. v. S. 187.

Regel custodia prästirt wird (S. 182.), und wenden die hier gegebene Entscheidung nachher auf alle Sachen an. Es muß demnach auch in Rücksicht ihrer nach dieser Meinung keine custodia prästirt werden: es ist also erwiesen, daß der Verkäufer nach der Meinung des Gajus der Institutionen und des Theophilus keine custodia prästirt, wenn er sich nicht besonders hierzu verbindlich gemacht hat.

In der Stelle von Ulpian wird derselbe gerade so behandelt, wie in den übrigen; es folgt also, daß auch er diese Meinung annimmt; daß also auch in dem Satze: dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet entweder ein non fehlen, oder custodia in seinem vulgären Sinne gebraucht seyn muß. Meine Emendation ist folglich nicht so willkührlich, wie man es hat glauben machen wollen. Ich bemerke dies hier beyläufig, weil gerade hier der Gegenstand selbst mir dazu die Gelegenheit anbiethet.

Als Unterstützungsgrund für die jetzt erwiesene Behauptung, daß mehrere Schriftsteller die

Verbindlichkeit des venditor zur custodia nicht anerkennen, kann auch noch angeführt werden, daß nie bey Untersuchungen über die actio furti von Ulpian, oder in den Institutionen des Kaufs neben dem Commodate, der Miethe und dem Pfande gedacht wird: und daß beyde das Recht des venditor auf diese Klage aus einem ganz andern Grunde ableiten, wie bey diesen Geschäften.

Gegen diesen Satz werden vorzüglich zwey Gründe angeführt. Einmal sollen Gajus und Ulpian den Verkäufer in andern Stellen ausdrücklich zur custodia verbindlich machen; und zweytens, soll custodiam recipere bey einem Contrahenten, der schon für custodia steht, so viel heißen, als den casus übernehmen, die so eben angeführte Stellen folglich nichts beweisen. Beyde Einwürfe sollen jetzt geprüft werden.

Zur Begründung des ersten beruft man sich auf die folgende Stellen:

*Fr.* 2. §. 1. *D.* 18. 6. (*Gajus lib.* 2. *rer. quot.*)

„*Custodiam autem ante admetiendi* „*diem*, *qualem* praestare venditorem „oporteat, *utrum plenam*, *ut et di-* „*ligentiam* praestet, *an vero dolum* „*duntaxat*, videamus? *Et puto* „*eam diligentiam venditorem exhi-* „*bere debere*, *ut fatale damnum*, „*vel vis magna sit excusata.*"

*Fr.* 1. §. 1. *D. eod.* (*Ulpianus lib.* 28. *ad Sabinum.*)

„Sed et *custodiam* ad diem men- „surae venditor praestare debet: „*prius quam enim admetiatur vi-* „*num*, *prope quasi nondum venit:* „*post mensuram factam*, *venditoris* „*desinit esse periculum.* Et *ante* „*mensuram periculo liberatur*, „*si non ad mensuram vendidit*, *sed* „*forte amphoras*, *vel etiam singula* „*dolia.*"

*Fr.* 4. §. 1. 2. *D. eod.* (*Ulpianus lib.* 28. *ad Sabinum.*)

„Si *aversione* vinum venit, *custo-*
„*dia tantum praestanda est.* Ex
„hoc apparet, si non ita vinum ve-
„nit, ut degustaretur, neque aco-
„rem, neque mucorem, venditorem
„praestare debere, sed *omne peri-*
„*culum* ad emtorem pertinere....
„Vino autem per *aversionem* vendi-
„to, *finis custodiae* est avehendi
„tempus. Quod ita erit accipien-
„dum, si adjectum tempus est. Ce-
„terum, si non sit adjectum, viden-
„dum, ne infinitam *custodiam* non
„debeat venditor... "

Die beyden ersten Stellen sprechen allerdings von der wahren custodia; allein sie sprechen von einem Falle, der überhaupt nach eigenen Grundsätzen beurtheilt wird: sie beweisen demnach nichts gegen mich. Für mich beweisen sie sehr viel. Bey der emtio ad mensuram ist

der Verkäufer in einem höhern Grade verbunden, als sonst bey dem Kaufe ([1]), quia prope quasi nondum venit: nun soll der venditor nach diesen Stellen bey derselben für custodia, aber nicht für den casus haften; also haftet er in der Regel für keine custodia. Dieser Satz, der aus der Natur des Geschäfts gefolgert worden, wird in dem zweyten Fragmente ausdrücklich ausgesprochen.

In der dritten Stelle wird custodia gar nicht in seiner technischen, sondern in der gewöhnlichen, Bedeutung gebraucht. Dies zeigt schon die Fassung des Fragments; und ergiebt sich noch mehr daraus, daß bey der aversio überhaupt nur dolus prästirt wird ([2]).

(1) So haftet er nach der Meinung des Paulus sogar für den casus: „Do-„nec admetiatur, *omne* „*periculum* venditoris est, „nisi id per emtorem fiat.“ Fr. 5. D. 18. 6. *Paulus lib. 5. ad Sabinum.*)

(2) „Res *in aversione* „emta, si *non dolo vendi-*„*toris* factum sit, *ad peri-*„*culum emtoris* pertinebit; „*etiamsi res assignata non* „*sit.*“ Fr. 62. §. 2. D. 18. 1.

Daß custodiam recipere bey Contrahenten, welche für custodia stehen, soviel heiße, als den casus übernehmen, soll aus den folgenden Stellen gefolgert werden:

*Fr.* 55. *pr. D.* 19. 2. (*Paulus lib.* 2. *sent.*)

„Dominus horreorum, effractis et „compilatis horreis, *non tenetur*, *ni-„si custodiam eorum recepit.* Servi „tamen ejus, cum quo contractum „est, propter aedificiorum notitiam „in quaestionem peti possunt.“

*C.* 4. *C.* 4. 65.

„Ex Divi Antonini Pii literis certa „forma est, ut domini horreorum „effractorum, ejusmodi querelas de-„ferentibus *custodes exhibere neces-„se habeant*, *nec ultra periculo sub-„jecti sint.* Quod vos quoque „adito Praeside provinciae impetrabi-„tis.... Sed quia domini horreorum

„nominatim etiam [1] *custodiam* re-
„promiserunt, eidem exhibere de-
„bent.

Diese Stellen sagen weiter nichts, als daß der Eigenthümer eines Magazins, [welcher nach ausdrücklichen Stellen keine custodia prästirt, wenn er sich hierzu nicht verbindlich gemacht hat [2]] wenn er dieses vermiethet, und die Bewachung desselben nicht übernimmt, nicht für den durch Einbruch entstandenen Schaden einstehen, sondern nur seine Sklaven, welche das Innere des Gebäudes genauer kennen, zur Inquisition stellen müsse: daß er dagegen,

(1) In den gewöhnlichen Ausgaben steht etiam ipsi custodiam etc. richtiger ist es wohl dieses mit dem Cod. G. bey Gebauer, und den Manuscripten, worin nach Charrons und Russards Zeugniß dieses Wort fehlt, wegzulassen.

(2) „*Rerum custodiam*, „quam horrearius conducto„ribus praestare deberet, „*locatorem totorum horreorum* „horreario praestare *non* „*debere* puto: *nisi*, *si in* „*locando aliter convenerit*.„ *Fr*. 60. §. 9. *D*. 19. 2.

wenn er die Bewachung über sich genommen, auch zum Ersatze des durch Einbruch entstandenen Schadens verbunden sey, sobald dieser durch sorgfältigere Bewachung hätte verhindert werden können (1) Daß er nicht für den casus stehe, mag noch zum Ueberflusse eine andere Stelle beweisen, welche ich in der Note anführe (2).

Uebrigens würde der hier widerlegte Satz, selbst wenn er nicht falsch wäre, nicht gegen unsere Meinung angeführt werden können, da es gerade die Frage ist, ob der venditor custodia

(1) „*Nisi custodiam.* „Subintelligendum vero „est, ut *vel diligentia*, *vel* „*multitudine custodum id po-* „*tuerit praecaveri*," SCHULTING *ad Paulum p.* 299. *Nro.* 8.

(2) „Qui mercedem ac- „cepit *pro custodia* alicujus „rei (wer für Geld eine „Sache zu bewachen über- „nommen hat) *is hujus pe-* „*riculum custodiae praestat.* „Sed de damno ab alio da- „to agi cum eo *non posse*, „Julianus ait; qua enim „custodia consequi potuit, „ne damnum injuria ab alio „dari possit? sed Marcellus „*interdum esse posse* ait, *sive* „*custodiri potuit, ne damnum* „*daretur*, *sive ipse custos* „*damnum dedit.* Quae sen- „tentia Marcelli probanda „est." *Fr.* 40. 41. *D.* 19. 2.

prästire? Und da die custodia, welche der Verkäufer in der Regel nicht prästirt nach dem ausdrücklichen Zeugnisse des Theophilus die diligentissima et exactissima servatio ist, welche auch wir mit diesem Namen bezeichnen.

---

# V.

## Miscellen.

### 1.

### Sind diligentia boni patris familias, und diligentia diligentis patris familias gleichbedeutend?

Dieser Ausdruck ist, wie ich oben erwiesen habe, mit diligentia synonim: jener hingegen wird erweislich in Fällen gebraucht, wo keine diligentia prästirt wird (1). Es ist daher die aufgeworfene

(1) *Fr.* 1. *pr. D.* 27. 3. (*Ulpianus lib.* 36. *ad Edictum*) „In omnibus, quae „fecit tutor, cum facere „non deberet, item in his, „quae non fecit, rationem

Frage unbedenklich zu verneinen. Allein ich glaube, daß man noch weiter gehen, und behaupten kann, daß beyde Ausdrücke niemal gleichbedeutend gebraucht werden (1).

Gegen das Letztere können einige Bestimmungen über den Usufruct Zweifel erregen: da der Usufructuar nach einer Stelle auf die Erhaltung der Sache, an welcher er den Nießbrauch hat, den Fleiß eines *diligens pater familias* verwenden muß (2); nach andern aber, *recte colere, et*

(1) Meine Theorie der Culpa S. 166.

(2) „Fructuarius .. debet „enim omne, quod *diligens* „*pater familias* in sua domo „*praebere debet.*“ Gewissermaßen gehört auch hierher das Fr. 35. § 4. D. 18. 1. wo von demjenigen, welcher keine custodia prästirt, doch *talis custodia* desideratur, *qualem bonus pater familias suis rebus adhibet* S. o. S. 189. — Fr. 32. D. 35. 1. Fr. 22. § 1. D. 40. 4.

„reddet hoc judicio: prae„stando dolum, culpam, „*et quantam in rebus suis di*„*ligentiam*“ *Fr.* 10. *D.* 26. 7. (*Ulpianus lib.* 49. *ad Edictum*) „Generaliter, *quo*„*tiescunque n n fit* nomine „pupilli, *quod quivis pater fa*„*milias idoneus facit*, non vi„detur defendi.“ *Fr.* 33. *pr.* „D. *eod.* A tutoribus et cura„toribus pupillorum *eadem* „*diligentia* exigenda est circa „administrationem rerum „pupillarium, *quam pater fa*„*milias rebus suis ex bona fide*

*quasi bonus pater familias uti debet* (1). Beydes ist, wie ich glaube, sehr verschieden. Dieses geht auf die Art, wie er die Sache benutzen darf, jenes auf die Sorgfalt, welche er auf die Erhaltung der Sache zu verwenden verbunden ist: also auf zwey Dinge, welche, wie jeder einsehen muß, völlig unabhängig sind, wenn gleich eine falsche Benutzung eben so widerrechtlich ist, wie Mangel an Sorgfalt.

2.

Welche culpa prästirt der Mann in Rücksicht der dos?

Diese Frage beantwortet Paulus sehr bestimmt:

„In rebus dotalibus virum praestare „oportet, *tam dolum*, *quam cul-*

„facit, et ipse facere." Fr. 65. pr. D. 7. 1. — S. a Fr. 1. §. 7. D. 7. 9. „Fructuarius „... *omnem rei curam suscepit.*"

(1) §. 38. J. 2. 1. Fr. 9. §. 2. D. 7. 1.

„*pam;* quia causa sua dotem accipit:
„*sed etiam diligentiam praestabit*,
„*quam in suis rebus exhibet.*“ (1)

Diese Regel gilt natürlich nur in Hinsicht der Dinge, welche der Mann zu administriren hat. In Hinsicht auf die Sachen, an welchen er volles Eigenthum erhält, kann sie dagegen nicht angewendet werden, weil überhaupt hier von keiner Culpa mehr die Rede seyn kann. Hier ist der Mann unbedingt zur Widererstattung gehalten.

Daher trift ihn der Verlust der res aestimata venditionis causa (2), der s. g.

(1) Fr. 17. pr. D. 23. 3. S. meine Theorie der Culpa S. 166. fgde.

(2) „Plerumque interest „viri res non esse *aestima-* „*tas*, idcirco, ne *periculum* „rerum ad eum pertineat: „maxime, si animalia in „dotem acceperit, vel ve- „stem qua mulier utitur. „Eveniet enim, si aestima- „ta sint, et ea mulier attri- „vit, *ut nihilo minus mari-* „*tus aestimationem eorum* „*praestet*....“ Fr. 10. pr. D. 23. 3. u. v. a. Wenn die Sache nur taxationis causa ästimirt ist, so wird nach der allgemeinen Regel, daß jede aestimatio die Verbindlichkeit zur Prästation der Culpa erhöhe, diligentia und custodia prästirt.

res fungibiles ([1]) und endlich des Werthes der Schuldscheine, welche ihm in dotem gegeben worden sind ([2]). Dieser letzte Satz bedarf einer genauern Bestimmung.

(1) „Res in dotem datae, „quae *pondere*, *numero*, „*mensura* constant, mariti „*periculo* sunt: *quia in hoc* „*dantur*, *ut eas maritus ad* „*arbitrium suum distrahat*, „*et quandoque soluto matri*-„*monio ejusdem generis et* „*qualitatis alias restituat vel* „*ipse*, *vel heres ejus.*“ *Fr.* 42. *D.* 23. 3.

(2) „*Debitor mulieris*, „*jussu ejus*, *pecuniam viro* „*expromisit*: deinde vir ac-„ceptam eam jussu mulieris „fecit. Res mulieri perit. „Hoc quomodo accipimus? „utrum dotis nomine, an et „si alia ex causa? et videtur „de eo debitore dictum, qui „dotis nomine promisit. Il-„lud adhuc subest, *utrum* „*ante nuptias*, *an post nupti*-„*as id factum sit*: multum „enim interesse videtur. „*Nam si secutis nuptiis id fa*-„*ctum est*, *dote jam constitu*-„*ta*, *maritus*, *accepto feren*-„*do*, *perdit dotem. Si autem* „*antequam nuptiae sequeren*-„*tur*, *nihil videtur doti con*-„*stitutum esse.*“ *Fr.* 36. *D.* 23. 3. „Cum vir uxori „donare vellet, *debitor mu*-„*lieris*, qui solvendo non „erat, *dotem ei promisit*: *ad* „*id duntaxat*, *ad quod sol*-„*vendo fuit*, *viri periculo ea* „*res est*: et si quid debitori „ad solvendum facultatis ac-„cesserit, *periculum ad eam* „*summam*, *quae accesserit*, „*crescet*, permanebitque, „etiam si rursus pauperior „factus erit; quia neque „tum, cum dos promittere-„tur, donatio facta est, ni-„si ejus pecuniae, quae à „*debitore* servari non pote-

1. Wenn die Forderung bedingt ist, so kann der Mann sie nicht sogleich realisiren, so ist ihm also auch kein Geld gegeben, so lange die Bedingung noch nicht erfüllt ist: die Gefahr der Sache trift ihn daher nicht, wenn der Schuldner in der Zwischenzeit insolvent wird.

*Fr.* 41. §. 3. *D.* 23. 3.

„Si a *debitore mulieris* sub conditio-„ne dos promittatur, et postea, *sed* „*antequam maritus petere posset*, „debitor solvendo esse desierit, ma-„gis *periculum* ad mulierem per-„tinere placet: *nec enim videri ma-ritum*

„rat. Neque, cum solven-„do is esse coepit, donatio-„nis causa permaneat, cum „eo loco res sit, quo esset, „si tum quoque cum pro-„mitteretur dos, locuples fu-„isset. *Fr.* 53. *D. eod.* „Pomponius ait, maritum „non posse pacisci, *ut dolum* „*solummodo in dotem prae-*„*stet*: videlicet propter uti-„litatem nubentium. Quam-„vis pacisci possit, *ne sit* „*periculo ejus nomen debito-*„*ris, qui ei dotem promisit:* „nam et *ut sit dos periculo* „*mulieris*, pacisci eum posse „probat: et per contrarium, „*ut ea dos, quae periculo mu-*„*lieris est, sit periculo mari-*„*ti.*“ *Fr.* 6. *D.* 23. 4.

„*ritum nomen secutum eo tempore,*
„*quo exigere non potuerit....*“

War der Schuldner schon vorher insolvent, und der Mann, der dies wußte, nahm vor, oder bey dem Abschluß der Ehe (S. 207. Not. 2.) die Schuldscheine oder die dictio oder promissio dotis des Schuldners an, so muß er natürlich auch dafür einstehen:

„...Quod si jam tunc debitor, cum sub
„conditione promitteret, solvendo
„non fuerit, *periculum* viri esse,
„*quod sciens tale nomen secutus vi-*
„*deretur, quale initio obligationis*
„*fuerit.*“ (1)

2. Das Versprechen der Frau, ihres Vaters, oder eines Dritten, der ihr mit einer dos ein Geschenk machen will, stehen nicht mit der promissio dotis des Schuldners der Frau in gleichem Verhältnisse. Der Mann hat daher gar keine Verantwortlichkeit, wenn er in den beyden ersten Fällen die dos nicht beygetrieben hat, weil hier diejenigen,

(1) Fr. 41. §. 3. D. 23. 3.

welche dieselbe hätten bezahlen müssen, und die, welche sie von dem Manne nach getrennter Ehe zurückfordern, dieselbe Personen sind. In dem letzten Falle ist er nur gehalten, si culpa non exegerit.

Diese Ausnahmen sowohl, wie die oben erwiesene Regel, sind in der folgenden Stelle enthalten:

*Fr.* 33. *D.* 23. 3.

„Si extraneus sit, qui dotem promi„sit, isque defectus sit facultatibus; „imputabitur marito, cur eum non „convenerit: *maxime si ex necessi„tate* (1), *non ex voluntate dotem*

(1) „*Vir ab eo, qui uxo„ri ejus dotem facere volebat*, „*certam pecuniam eo nomine* „*stipulatus est*, deinde *ac„ceptam* eam fecit: quaere„batur, essetne ea pecunia „in dotem? Respondit, *si* „*acceptam non fecisset*, et „promissor solvendo esse „desisset, *quaereremus, an* „*culpa mariti ea pecunia ex„acta non esset*: cum verò „*acceptam* fecit, *omnimodo* „*periculum ad eum pertinebit*: „perinde enim est, ac si ac„ceperit pecuniam, et ean„dem promissori donave„rit." *Fr.* 49. *D.* 23. 3. „*Cum dotem mulieris nomine* „*extraneus promisit*, *mulie„ris periculum* est; sed *si* „*maritus nomen secutus*,

„*promiserat*. Nam, si *donavit*, „utcunque *parcendum marito*, *qui* „*eum non praecipitavit ad solutio*-„*nem*, qui donaverat, quemque in „id, quod facere posset, si conve-„nisset, condemnaverit: hoc enim „Divus Pius rescripsit, eos, qui ex „liberalitate conveniuntur, in id, „quod facere possunt, comdemnan-„dos. *Sed*, *si vel pater*, *vel ipsa pro*-„*miserunt*, Julianus quidem libro „sextodecimo Digestorum scribit,

„*usuras exegerit*, *periculum* „*ejus futurum respondetur*." *Fr.* 71. *D. eod.* „Maevia „marito suo, inter alias res „dotis, etiam instrumen-„tum solidorum decem tradi-„dit, quo Otacilius eidem „Maeviae caverat, *daturum* „*se*, *cum nuptum ire coepis*-„*set*, *decem millia*. Ex eo „instrumento maritus *nihil* „exegit, *quia nec potuit*. „Quaesitum est, si dos à „marito petatur, an com-„pellendus sit etiam illam „summam, quae instru-„mento continetur, refun-„dere? Respondi, *potuisse* „quidem eum, cui actiones „*mandatae* sunt, debitorem „convenire: *sed*, *si sine do*-„*lo malo*, *vel culpa exigere* „*pecuniam non potuit*, *neque* „*dotis nomine eum conveniri* „*posse*, *neque mandati judi*-„*cio*." *Fr.* 49. *pr. D.* 24. 3. — C. 2. C. 4. 10.

„etiam si pater promisit, *periculum* „respicere ad maritum: *quod feren-* „*dum non est*. Debebit igitur mulie- „ris esse *periculum*: nequaquam „enim judex propriis auribus audiet „mulierem dicentem, cur patrem, „qui de suo dotem promisit, non ur- „serit ad solutionem: multo mi- „nus, cur ipsam non convenerit. „*Recte itaque Sabinus disposuit, ut* „*diceret, quod pater vel ipsa mulier* „*promisit, viri periculo non esse:* „*quod debitor, id viri esse: quod alius, scilicet donaturus,* „*ejus periculo, ait, cui adquiritur.* „*Adquiri autem mulieri accipiemus,* „*ad quam rei commodum respicit.*“

Von der dos sind die Paraphernen, d. i., das Vermögen der Frau, welches sie neben der dos besitzt (¹), sehr verschieden.

(1) *Fr.* 9. §. 3. *D.* 23. 3. *c.* 8. 11 *c.* 5. 14. *c.* 17. *cod.* *Fr.* 31. §. 1. *D.* 39. 5. *Fr.* 5. 16. Brissonius. v. *pen. D.* 35. 2. *c.* 29. *c.* 5. 12. παραφερνα.

Ueber dieses kann sie willkührlich verfügen, sie kann dem Manne während der Ehe volles Eigenthum übertragen (1): sie kann es seiner Aufsicht und Bewahrung anvertrauen, und entziehen, wie sie will (2). Hier fragt es sich nun, ob der Mann in dem zweyten Falle dieselbe Culpa prästire, wie bey der dos, oder ob, wie nach der Verschiedenheit der Verhältnisse zu erwarten, dies nicht der Fall sey? In meiner Theorie der Culpa habe ich jenes unrichtig behauptet. Richtiger ist es, daß der Mann, sowohl auf die Bewahrung (3), als Erhaltung der

(1) „..Ea, quae graeci „παραφερνα dicunt, ... „videamus, an statim effi„ciantur mariti? *Et putem*, „*si sic dentur, ut fiant, ef*„*fici mariti, et eum distra*„*ctum fuerit matrimonium*, „*non vindicari oportere, sed* „*condici...*" *Fr.* 9. §. 3. *D.* 23. 3.

(2) S. die in der vorletzten Note angeführte Stellen.

(3) „...Plerumque custo„diam earum maritus repro„mittit, *nisi mulieri commis*„*sae sint.* Videbimus ha„rum rerum nomine, si *non* „*reddantur*, utrum rerum „amotarum, an depositi, „an mandati mulier agere „possit? *Et si custodia ma*„*rito committitur*, *d o p o s i*„*t i* vel *m a n d a t i* agi po„terit..." *Fr.* 9. §. 3. *D.* 23. 3.

Sache ([1]) nur denselben Fleiß aufzuwenden verbunden ist, den er in seinen Geschäften anzuwenden pflegt, d. i., daß er für dolus und culpa lata einsteht. Hier, wo in der Uebergabe von Schuldscheinen keine Eigenthums Uebertragung liegt, stehen diese mit den übrigen Sachen völlig gleich.

## 3.

### *Fr.* 18. *pr.* *D.* 13. 6.

Die Worte dieser Stelle, welche einer besondern Erläuterung bedürfen, sind folgende:

„In rebus commodatis talis diligentia „praestanda est, qualem quisque di- „ligentissimus pater familias suis re- „bus adhibet: ita, ut tantum eos ca- „sus non praestet, quibus resisti non

(1) „..Dum apud maritum „remanent eaedem cautio- „nes, et *dolum et diligenti-* „*am maritus circa eas prae-* „*stare debet*, *qualem et circa* „*suas res habere invenitur*: „ne ex ejus *malignitate* vel „*desidia* aliqua mulieri acce- „dat jactura..." C. 11. *C.* 11. *C.* 5. 14.

„possit.... *Haec ita, si duntaxat*
„*accipientis gratia commodata sit*
„*res.* At *si utriusque*, veluti, si
„communem amicum ad coenam in-
„vitaverimus, tuque ejus rei curam
„suscepisses, et ego tibi argentum
„commodaverim, *scriptum quidem*
„*apud quosdam invenio, quasi do-*
„*lum tantum praestare debeas: sed*
„*videndum est, ne et culpa praestan-*
„*da sit: ut ita culpae fiat ae-*
„*stimatio, sicut in rebus pig-*
„*nori datis et dotalibus ae-*
„*stimari solet.*“

In dieser Stelle sind zwey Sätze enthalten, welche mit einigen andern, von mir früher erwiesenen[1], nicht wohl bestehen zu können scheinen. Einmal soll der Commodatar eine geringere Culpa prästiren, wenn er allein, als wenn auch der Commodant aus

(1) S. o. S. 104. S. 119. fgde. und meine Theorie der Culpa S. 123. fgde. S. 149. S. 166.

dem Geschäfte Vortheil zieht. Zweytens soll dieselbe Culpa bey dem Pfande, wie bey der dos geleistet werden. Der letzte Satz hat am wenigsten Schwierigkeiten. In dem ältern Rechte finden wir das Pfand unter doppelter Form; in der heutigen, und als mancipatio sub fiducia. Ist nun dem Pfandgläubiger die Sache sub fiducia mancipirt worden, so prästirt er auch nur die Culpa, welche in den Geschäften, welche sich auf fiducia gewissermaßen reduciren (1), prästirt wird: er prästirt also, gerade wie der Mann in Rücksicht der Dotalien, dolus, culpa et qualis in suis rebus diligentia (2): diese Vergleichung ist demnach vollständig gerechtfertigt.

(1) Meine Theorie der Culpa §. 25. S. 165. fgde.

(2) Aus diesem Grunde finden wir beyde in einer Stelle des Modestin, in welcher, der Absicht ihres Verfassers nach, Genauigkeit zu erwarten ist, zusammengestellt: „Sic et in *fiduciae* judicio, et *in actione rei uxoriae* et dolus, et culpa „deducitur; quia utriusque „contrahentis utilitas intervenit..." MODESTINUS *lib.* 2. *different.* (*in* COLL. LEG. MOS. ET ROM. *tit.* 10. §. 2.)

Bedeutender als diese scheint die Schwierigkeit, welche in dem ersten der angeführten Sätze enthalten ist. Ich habe früher ([1]) diese Entscheidung für eine Folge der Meinung des Gajus gehalten, welcher die omissio der diligentia, welche jemand in seinen eigenen Geschäften anzuwenden pflegt, zur culpa und nicht zum dolus rechnet ([2]). Diese Erklärung läßt sich nicht rechtfertigen. Die Verschiedenheit dieser, und der ihr entgegengesetzten Meinung betrift wohl nur die Terminologie, und hat auf die Anwendung gar keinen Einfluß. Wenigstens finden wir hiervon sowohl bey Prokulus selbst, als bey Gajus keine Spur: im Gegentheile setzen beyde den dolus, so daß die culpa lata darunter begriffen ist, eben so gut wie andere Juristen der diligentia entgegen ([3]); und erkennen an, daß auch in Geschäften, wo beyde Theile Vortheil ziehen, di-

(1) Meine Theorie der Culpa S. 123. Not. 1.

(2) S. o. S. 49. Not. 1. und meine Theorie der Culpa S. 32.

(3) *Fr.* 68. *pr. D.* 18. 1. *Fr.* 2. §. 1. *D.* 18. 6. S. o. S. 110.

ligentia prästirt werde (1). Es folgt also, daß sie den ihnen aufgebürdeten Grundsatz unmöglich vertheidigt haben können (2).

Die Schwierigkeit unserer Stelle hebt sich durch folgende Betrachtung: Wenn der Commodant und Commodatar zugleich Vortheil ziehen, so läßt sich nicht wohl ein Fall denken, wo ein doppeltes, unabhängiges Interesse vorhanden ist, wie bey dem Kaufe, bey der Miethe, bey dem Pfande: die Absicht des Commodanten wird im Gegentheile gerade durch dasselbe Hingeben der Sache erreicht, welches dem Commodatar Vortheil gewährt. Das Verhält-

(1) Fr. 68. pr. D. 18. 1. S. o. S. 83. Fr. 25. §. 7. D. 19. 2. S. o. S. 128.

(2) Die Stelle des Afrikan, welche in meiner Theorie der Culpa zum Beweise dieses Satzes angeführt worden ist, enthält nur die Beurtheilung eines einzelnen, ganz eigenen, und bestrittenen Falles, der nur gewissermaßen in die Theorie der Culpa gehört: es folgt daher nicht einmal, daß dieser Jurist die dort angeführte Meinung vertheitigt habe, von welcher wir sonst nirgends eine Spur finden.

niß beyder hat demnach mit der Societät vielmehr Aehnlichkeit, als mit irgend einem andern Geschäfte: es ist daher auch sehr natürlich, daß jetzt der Commodatar wie der socius, der Mann in Rücksicht der Dotalien, und andre, welche diesen gleich stehen, nicht aber wie der Käufer, und der Miether beurtheilt wird. Dieser Satz enthält demnach gar keinen Widerspruch mit unserer Regel; sondern entspringt aus der Anwendung einer andern, welche dieselbe häufig modificirt.

## 4.

Hat die obligatio, in welcher der Beschädigte mit dem Schadenden steht, Einfluß auf die Prästation der Culpa in Hinsicht auf die Lex Aquilia?

Ich glaube nicht. Die actio Legis Aquiliae wird wegen dem, außer Geschäfts Verhältnissen widerrechtlich zugefügten Schaden, angestellt; sie setzt

demnach die Existenz einer zwischen dem Beschädiger und Beschädigten bestehenden obligatio nicht allein nicht voraus, sondern sie kann von dem beschädigten Contrahenten nur dann angestellt werden, wenn er die obligatio als nicht bestehend behandelt ([1]). Die Verschiedenheit dieser obligatio kann folglich auf die Verbindlichkeit zur Prästation der Culpa auch nicht den geringsten Einfluß haben.

Hiermit stimmt überein, daß nie von einem solchen Einfluße gesprochen wird. Im Gegentheile sprechen die Römer, auch bey den verschiedensten Geschäften, von der Concurrenz der Contraktsklage mit der actio Legis Aquiliae immer auf dieselbe Weise ([2]). Es haften daher der Depositar, der

(1) Meine Theorie der Culpa S. 81.

(2) „*Sive autem pignus*, „*sive commodata res*, *sive* „*deposita* deterior abeo, qui „acceperit, facta sit, *non so*-„*lum istae sunt actiones*, *de* „*quibus loquimur: verum et*-„*iam Legis Aquiliae*: sed, si „qua earum actum fuerit, „aliae tolluntur.“ *Fr.* 18. §. 1. *D.* 13. 6. „Si damnum „in re communi *socius* dedit,

Commodant, der precario dans und accipiens (wenn die beyden letzten überhaupt hierher gerechnet werden können) nach der Lex Aquilia eben so gut für jede culpose positive Beschädigung, wie alle Uebrigen.

Auch der Agrimensor und Schenker (1) würden ganz auf dieselbe Art belangt werden können, wenn überhaupt gegen diese die actio Legis Aqui-

„*Aquilia teneri eum* et Celsus „et Julianus et Pomponius „scribunt. Sed nihilominus „*et pro socio tenetur.*" *Fr.* 47. §. 1. *Fr.* 48. *D.* 17 2. „... Ejusdem vulneris nomi-„ne *Legis Aquiliae et ex lo-„cato actio est...*" *Fr.* 43. *D.* 19. 2. "...Ait, si unus „ex heredibus rationes he-„reditarias deleverit vel „interleverit, teneri qui-„dem *Lege Aquilia*, qua-„si corruperit; *non minus „autem etiam familiae heri-„scundae judicio.*" *Fr.* 16. §. 5. *D.* 10. 2.

(1) Ueber die Verbindlichkeit des Schenkers nach dem Vertrage haben wir, wie sehr natürlich, keine eigene Bestimmungen. Die Schenkung (das pactum de donando, wovon hier allein die Rede ist, da die Culpa des Schenkers nach geschehener Tradition nur insofern in Frage kommen kann, als wissentlich eine schädliche Sache gegeben worden ist) kann nach Vorjustinianeischem Rechte nur durch eine Stipulation gültig eingegangen werden. Sie wird demnach völlig nach denselben Grundsä-

liae angestellt werden könnte. Dies ist aber nicht der Fall, da der erste, so lange er als solcher handelt, niemal durch positive Handlungen schadet ([1]); der Beschenkte aber, weil er weder Eigenthum

tzen beurtheilt, wie jedes negotium stricti juris, das auf ein dare geht. Es ist ein Irthum, wenn man aus Fr. 14. §. 11. D. 47. 2. das Gegentheil folgern will. Die Vergleichung des precarium mit der Schenkung, welche sich in dieser Stelle findet, bezieht sich gar nicht auf die Prästation der Culpa (welches auch nicht möglich wäre), sondern auf das Geschäft selbst. Aus dieser Vergleichung, welche sich übrigens viel genauer in *Fr.* 1. §. 2. *Fr.* 14. *D.* 43. 26. wieder findet, folgt nur, daß der precario accipiens sehr viel Aehnlichkeit mit dem Beschenkten hat, d. i. mit demjenigen, welchem eine Sache in Gemäßheit einer Schenkung tradirt worden ist. Dieser letztere prästirt natürlich gar keine Culpa; es folgt also, daß aus dieser Vergleichung gar nichts geschloßen werden kann. Nach Justinianeischem Rechte haftet derjenige, welcher eine Sache geschenkt (versprochen) hat, allerdings für dolus und culpa lata: nach der allgemeinen Regel, daß derjenige, welcher keinen Vortheil aus einem Geschäfte zieht, für dolus und culpa lata einstehe.

(1) S. o. S. 77. und meine Theorie der Culpa S. 194.

noch ein dingliches Recht an der ihm versprochenen Sache hat, zu der Anstellung dieser Klage nicht berechtigt ist. Eine Verbindlichkeit des Schenkers dem Beschenkten diese Klage gegen sich selbst zu cediren, ist aus vielen Gründen nicht denkbar. Wie sollte wohl, um nur einen derselben anzuführen, eine Klage cedirt werden können, welche nie begründet war, da keine obligatio zwischen dem Schadenden und ihm selbst entstehen kann?

---

Darmstadt,

gedruckt mit Stahlischen Schriften.

noch ein dingliches Recht an der ihm verſproche-nen Sache hat, zu der Annahme einer Klage nicht berechtigt iſt. Eine Verbindlichkeit des Cedenten dem Ceſſionarien dieſe Klage wegen des, ſelbſt zu leiſ-ten, iſt aus vielen Gründen nicht haltbar. Wie ſollte wohl, um nur einen derſelben anzuführen, eine Klage cedirt werden können, welche nie be-gründet war, da ſie ja obligatio zwiſchen dem Schen-kenden und ihm nicht erwachſen kann?

Darmſtadt,

gedruckt mit Stahl'ſchen Schriften.

## Zusätze und Verbesserungen.

S. 1. Z. 1. von unten Fr. 11. §. 13. st. Fr. 11. §. 10.
— 2. — 2. von unten Fr. 5. §. 1. st Fr. 5. §. 2.
— 27. Ich habe hier zum Beweise des Satzes, daß es möglich sey wissentlich, und doch nur culpa lata zu schaden auf einige in meiner Theorie der Culpa angeführte Stellen verwiesen. Dies ist offenbar überflüßig, indem es gar nicht nothwendig ist hier nach einzelnen Beyspielen zu haschen. Minorem diligentiam alienis rebus adhibere, quam suis ist culpa lata (S. 49 — 52.) und zwar culpa lata in seiner technischen Bedeutung (S. 34 — 48) obschon gerade hier die Vermuthung eintritt, daß der Culpose wissentlich und absichtlich den gehörigen Fleiß unterlassen habe. (S. 52 Not. 1. u. meine Th. d. Culpa S. 30 — 39.)
Not 1. Hier ist eine kleine Verwirrung entstanden. Das abgedruckte Fr. 5. gehört in die vorhergehende Note.
S. 38. Z. 15. ist zuzusetzen: „Eben so wenig kann gegen „diese Erklärung angeführt werden, daß dieses „Wegwerfen bey der L Aquilia immer als „Handlung betrachtet wird, da diese, und die „L. Corn. auf sehr verschiedenen Gründen beru„hen, und daher dasselbe factum nach bey„den aus ganz verschiedenen Gesichtspunkten „betrachtet werden muß. Auch nach der L. „Corn. wird desselben als Handlung betrach„tet, sobald es absichtlich vorgenommen „worden ist.“
S. 41. Not. 2. de Lege Aquilia st. ad Legem Aquiliam.
— 44. In der 3ten Zeile von unten habe ich coeperint statt coeperunt abdrucken lassen, weil dies, wie ich glaube, der Zusammenhang der Stelle und das vorhergehende fuerint erfordern. Ich kenne keine Ausgabe worin coeperint gelesen wird. — Uebrigens ist aus dem, was hier über diese Stelle gesagt wird, die in meiner Theorie der Culpa S. 67. Not. 1. gegebene Erklärung zu berichtigen.

S. 48. Z. 5. es st. des
— — Z. 7. bestätiget st. bestätige
— — Not. 1. Col. 2. Z. 3. in der folgenden st. in folgenden.
S. 57. Hier ist in der ersten Note zuzusetzen: S. 119. 120.
— 65. Z. 3. betrachten st. trachten.
— 78. Z. 3. ist hinter: „entsteht" zuzusetzen: „so wenig wie durch einen schlechten Rath oder „durch eine unrichtige Antwort. Hierbey die „Note: Fr. 7. §. 10. D. 4. 3. — Hiermit sind „die Fälle, wo zwar mittelbar, aber doch „wirklich geschadet wird, nicht zu verwechseln Z. B. Fr. 7. §. 7. D. 4. 3. §. 16. J. 4. 3."
S. 79. Z. 5. v. unt.: est, et praestantur omnia st. est: ut praestentur ea omnia.
S. 124. Not. 1. H. A PORTA st. ST. A PORTA
— 130. — 1. Am Ende dieser Note ist zuzusetzen: Heidelbergische Jahrbücher für Jurisprudenz Heft 1 S. 71. 72.
S. 133. Not. 1 Nro. 4. ist zuzusetzen: C. 20. C. 2. 19. PAULUS I. 4. §. 1.
S. 143. Not. 1. Z. 7. konnten st. können.
— 145. Z. 7. 8. gehaftet st. getet.
— 164. Z. 7. ein st. in. Hierbey die Note: Volksmährchen der Teutschen. Th. 1.
S. 167. Not. 1. Die hier behauptete Ausnahme hat wohl nicht statt. Ulpian der sich in demselben Buche zum Sabinus deutlicher erkärt (Fr. 14. §. 6. D. 47. 2. S. 182.) läßt hierüber keinen Zweifel. Die in dieser Note angeführte Stelle kann auch zu Erläuterung des S. 181 — 83. Gesagten, gebraucht werden.
S. 172 Not. 1. Col. 2. Z. 1. actionem st. actionrem.
— — — — — — Z. 4. custodiae st. custodtae.
— 185. Z. 10. ist zuzusetzen: „Nur dann, wenn er allein für dolus haftet, muß der Gegentheil „erweisen, daß er sich desselben, oder einer „minor, quam in suis rebus diligentia schuldig „gemacht habe."

Ausser den angegebenen Druckfehlern finden sich noch mehrere, welche nicht angegeben worden sind, weil sie auf den Sinn keinen bedeutenden Einfluß haben, und leicht verbessert werden können.

Schiu

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Löhr, Egid V. <<von>>,

Beyträge zu der Theorie der Culpa

Gießen ; Darmstadt 1808

J.rom.m. 285 a

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566856-2